波斯纳文丛 6

Selected Works of Richard A. Posner

法律与文学

LAW AND LITERATURE

（增订版）

理查德·A·波斯纳/著

Richard A. Posner

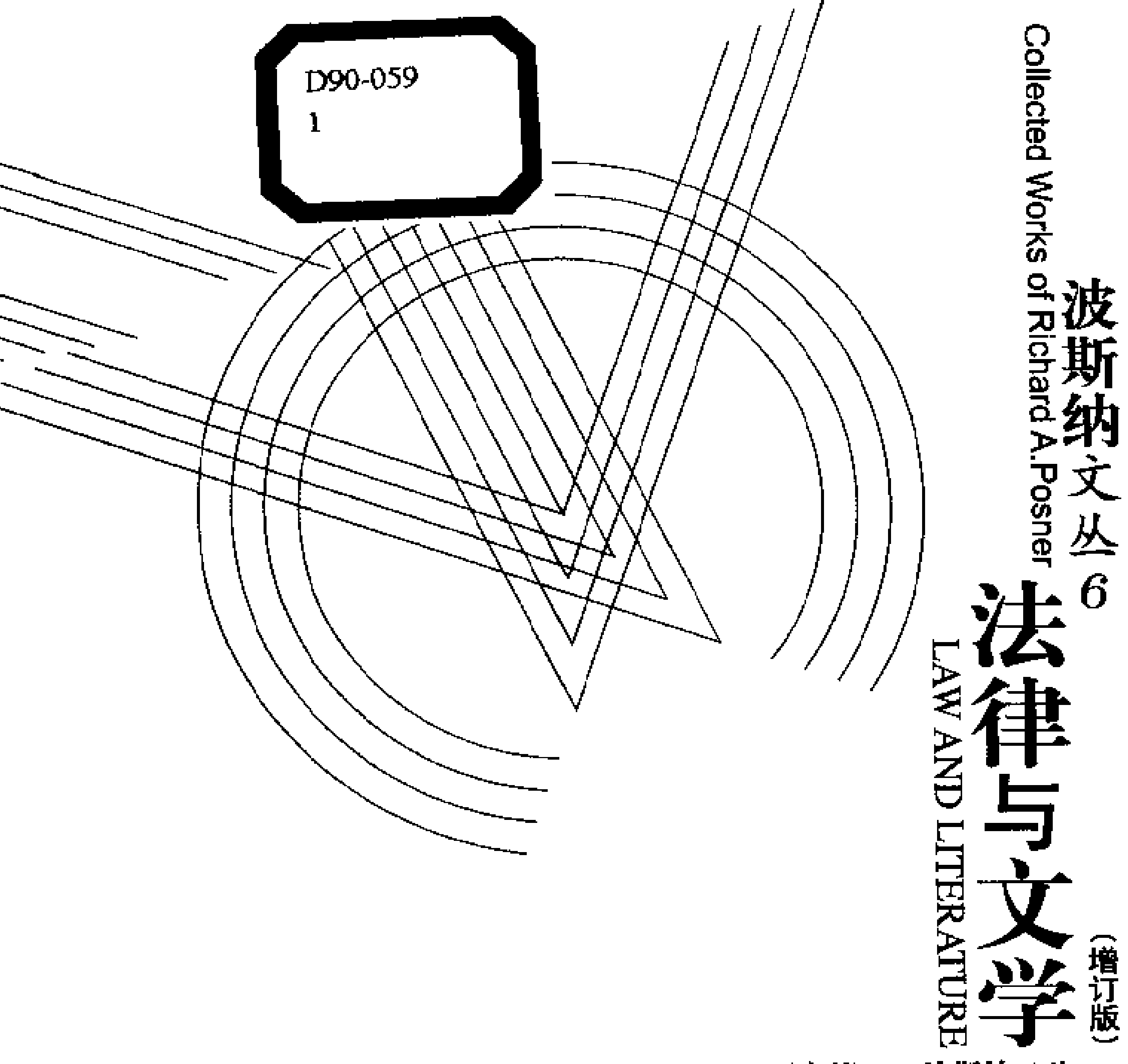
李国庆/译

中国政法大学出版社

波斯纳文丛



ISBN 7-5620-2074-4/D · 2034



波斯纳文丛 6

Collected Works of Richard A.Posner

法律与文学（增订版）

LAW AND LITERATURE

理查德·A·波斯纳／著
Richard A.Posner

李国庆／译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律与文学/(美)波斯纳著;李国庆译.—北京:
中国政法大学出版社,2002.6
ISBN 7-5620-2074-4

Ⅰ.法… Ⅱ.①波…②李… Ⅲ.法律—关系—文
学—研究 Ⅳ.D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第052110号

书　　名　法律与文学(增订版)
出 版 人　李传敢
出版发行　中国政法大学出版社
经　　销　全国各地新华书店
承　　印　清华大学印刷厂
开　　本　880×1230　1/32
印　　张　19.5
字　　数　500千字
版　　本　2002年9月第1版　　2002年9月第1次印刷
印　　数　0 001—5 000
书　　号　ISBN 7-5620-2074-4/D·2034
定　　价　40.00元

社　　址　北京市海淀区西土城路25号　邮政编码　100088
电　　话　(010)62229563　(010)62229278　(010)62229803
电子信箱　zf5620@263.net
网　　址　http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm

☆☆☆☆☆

Law and Literature By Richard A. Posner
根据哈佛大学出版社 1998 年英文版翻译

《波斯纳文丛》总译序

一

这套译丛是一个很长过程的积淀。

我从1993年开始翻译波斯纳的著作，这就是1994年出版的《法理学问题》。此后多年也读了他的不少著作，但是这位作者的写作速度实在是太快了，范围实在是太广了，因此至今没有或没有能力读完他的全部著作。但是自1996年起，鉴于中国的法学理论研究的视野狭窄和普遍缺乏对社会科学的了解，缺乏人文学科深度，也鉴于希望中国的法官了解外国法官的专业素养和学术素养，我一直想编一部两卷本的《波斯纳文选》。在这种想法指导下，同时也为了精读，我陆陆续续选译了波斯纳法官的少量论文和许多著作中的一些章节，包括《超越法律》、《性与理性》、《法律与文学》、《司法的经济学》等著作。到1998年时，已经译了80万字左右。也联系了版权，但最终没有落实，乃至未能最后修改定稿。初稿就在计算机的硬盘上蛰伏了很久。

1998年，我感到自己《法理学问题》的译文问题不少，除了一些令自己难堪的错失之外，最大的问题是由于翻译时刚回国，中文表达比较生疏，加之基于当时自己有一种奇怪的观点，希望保持

英文文法，因此译文太欧化，一定令读者很头痛。我为此深感内疚，并决定重译该书，到1999年上半年完成了译稿。

1999年10月，我到哈佛做访问学者，更系统地阅读了一些波斯纳的著作；并同样仅仅是为了精读，我翻译了他当年的新著《法律与道德理论的疑问》。此后，由于《美国法律文库》项目的启动，中国政法大学出版社又约我翻译波斯纳的《超越法律》全书，我也答应了。诸多因素的汇合，使我决心把这一系列零零碎碎的翻译变成一个大的翻译项目。

2000年5月，在耶鲁大学法学院葛维堡教授和欧文·费斯教授的大力安排下，我从堪布里奇飞到了芝加哥，同波斯纳法官会了面，其间也谈到了我的打算和决定。临别时，波斯纳法官同意了我的请求。

2000年8月回国之后，就开始了一系列工作。中国政法大学出版社社长李传敢、编辑张越、赵瑞红等给予了积极并且是很大的支持。会同出版社一起，我进行了很麻烦的版权联系和交易。而与此同时，我自己也忙里偷闲，特别是利用寒暑假，进行翻译，并组织翻译。因此，才有了目前的这一套丛书，完成了多年来的一个心愿。

二

从上面的叙述来看，这套文丛似乎完全是一个机会主义过程的产物，甚至，挑剔一点说，未必我就没有减少自己的“沉淀成本”(sunk cost)的意图。但是，总的说来，这套书的选择是有策划的，有斟酌的。

如同上面提到的，我的选译是有针对性的，一是针对法学研究，特别是法理学研究；二是针对包括法官在内的读者群。

中国目前的法学研究有不少弱点。首先是自我限制，搞法理学就是搞一些传统的概念，例如法治、宪政、正义、公正之类的，加一点时下流行的各种具有或多或少甚至是很强意识形态意味的话语，依法治国、司法改革、现代化、全球化、人权等等。这种“高级理论”、“大词法学”其实与作为实践的法律，特别是部门法很少有直接的关联；乃至于近来我听到有搞部门法的学者半开玩笑半嘲笑地说：你们搞法理的人似乎如今全都搞司法改革了嘛！这种情况，固然反映了司法改革的重要性已日益为法学研究者关注；但另一方面，这也说明了一个问题，法理学可能确实面临着某种困境。也许这种境况就如波斯纳说30年前美国法理学那样，已经进入了它的“暮年”(《超越法律》)。法理学必须探求新路。司法改革的话题也许会带来一个刺激，形成一个“新的学术增长点”，但我们必须注意，这不是全部。我们必须开拓理论法学的研究视野。

当代中国法学研究的另一个重大弱点是缺乏社会科学指导的研究，缺少经验的研究。国内的法经济学、法社会学、法人类学诸如此类，大都一直停留在介绍的水平或应然的层面上。既缺少量化的研究，也缺少细致精密的个案研究；甚至常常没有一个不带个人意气的如实生动的描述。大约是在中国人心目中文字本身就是神圣的，因此如果你用文字客观描述了某种不那么理想的东西，而这种客观又对“法治的理想”或“公认的原则”提出了质疑，那你的政治立场可能就有问题，你就“需要提升价值”，必须把你的描述调整到符合这些理想和原则上来。在这种心态和氛围下，文字成了一个过滤和筛选可研究和不可研究的、可言说和不可言说的设置。“政治正确”已经在中国学界迅速本土化了，一些学者一方面不无

一点道理地反对滥用本土资源的说法，但另一方面，又迅速利用了在中国历来占强势的道德话语，开掘出了政治正确的“本土资源”。“法学是一个古老的学科”这样的事实描述由此变成了法学应坚持修辞学和决疑术的老传统、拒绝强化社会科学研究新传统的规范理由，成了拒绝法学“与时俱进”的信条。对于中国法治发展非常必要的法学专门化在某种程度上成了创造知识神秘、故弄玄虚、拒绝普通人进入、以期获得因垄断而发生的高额货币和非货币租金的一种工具。当然，这还不是普遍现象，只是这种现象正在扩展。更普遍的情况则是法学家就“法律问题”笼统的发发感慨，提提看法。尽管这些感慨、看法并没有多少法学的或其他学术的意味，但由于在许多现实的交易中，值钱的并不都是货品的质量，而往往是货品的商标品牌，因此法学圈内也就不可能例外。而在我看来，真正能减少这种现象的可能就是学术的竞争，包括并特别是来自其他社会科学知识和方法的竞争。也就是要“超越法律”。

因此，这套书的读者也许首先是法学研究者、部分有些理论兴趣的法律实务者，其中也包括一些法官。中国法官的状况一直是我的一个关切。中国法官目前就总体而言其知识和专业素质都是很不足的，即使少数法官有较高学历，但要适应一个现代社会、一个工商社会，也还有很大距离。这种状况不可能在短期转变，哪怕是对目前开始的统一司法考试我们也不可能指望过高。因为中国的法学教育本身就面临着一个急迫的知识转型问题。我当然不可能指望读一点书就会改变法官的状况。但是至少，这些著作会给某些法官甚至未来的法官一些提醒，因为中国的法官也都可能或迟或早在不同程度上遇到波斯纳法官遇到过的一些问题。

这套书最多的、最认真的读者最终也许是如今在校的学生，因为，由于种种原因，今天的中国法学家大都已经与真理共在了，因

此也就大都很少甚至根本不读书了。但即使是为了学生，翻译这套书也是值得的。甚至，我预期这套书的潜在读者将不完全是法学院的学生，有可能是社会学、政治学、经济学乃至文史哲的学生。确实，波斯纳的著作做到了他的追求，大意是，法学应当使外行人也感兴趣。

也正是为了这些目的和这些读者，我在选书时大致坚持了三个相互关联的标准。一是尽可能涵盖波斯纳所涉猎的领域，反映一个全面的波斯纳；因此，其二，也就尽可能包容广泛的读者，而不是局限于法学的读者；以及第三，希望这些著作能够展示法学的交叉学科研究以及法学对其他学科的可能的贡献。最后这一点也许还应多讲几句。近年来，一些法学家和学生都感到了经济学和社会学的“帝国主义”，一些喜欢思考又有一定哲学爱好的学生往往喜好读其他学科的书，甚至感到在现在的知识体制中，法学的贡献很少。但我相信，波斯纳的著作可以消除人们的这种错觉。法学是可以有趣的；也许法学没有为其他学科的发展提供什么总体思路上和方法论上的贡献，但是，我相信，读了波斯纳的这些书后，读者会感到法学家的知识传统同样可能对理解其他学科做出贡献，特别是在对细节的理解和制度处理上。也许，由于其实践性、世俗性，法学的知识贡献注定不是宏大理论，而是微观的制度性理解和处置；就是要把事办妥（而不是好）。

因此，尽管这里所有著作都与法律有关，却也都还与其他某些学科和问题相关。《法理学问题》、《超越法律》和《道德与法律理论的疑问》，是波斯纳法理学著作的“三部曲”，与诸多法理学流派，与法哲学、法社会学、政治哲学和道德哲学有关。《正义/司法经济学》有很大一部分与初民社会以及一些非正式社会控制有关，其余部分则与私隐、歧视有关。《法律理论的前沿》则更是涉及到

了经济学、历史学、心理学、认识论、统计学。《法律与文学》不仅讨论了文学，包括经典文学和大众文学，而且涉及到阐释学，甚至知识产权法。《性与理性》从问题上看，与性、家庭、婚姻、同性恋、色情读物有关；而另一方面，作为知识传统，它汲取了社会生物学许多洞识。《衰老与老龄》则分别与老人、老龄化和社会学有关。《反托拉斯法》与经济学有很大关系。《联邦法院》不仅研究了一个具体的司法制度，而且同政治学、特别是司法政治学、制度理论有关。《公共知识分子》与（特别是与法学）知识分子和知识社会学有关。当然，所有这些所谓“有关”都是相对的，其实几乎这里的每一本书中都涉猎了不同的学科知识。这些都是真正的交叉学科的研究。比较而言，前六部著作的主要关切更多是法学理论；后五部著作尽管同样涉猎广泛，但相对说来更侧重法学理论在特定领域的运用。当然，其中的研究结论不一定都对，因此不要将之作为结论、作为权威、作为真理来引证，而应当是作为进一步研究的甚或是批判的起点。它们未必是其他学科最前沿的，它们也没有坚持一个融贯一致的学科理论体系；但也许这就是法学的要求和命定。法学强调实践，法官必须在有限时间内处理问题，他们不能等所有的知识都齐备了再按部就班地作出惟一正确的决断，不允许他等到“黄瓜菜都凉了”。司法更多的是，用概括了波斯纳的话来说，要“头脑清醒地对付或糊弄过去”。因此调动一切知识资源，在现有的制度框架中不但是要干事，而且是要干成事。

而这就是实用主义，至少是波斯纳牌号的实用主义，这是一种新的法理学。

三

对于波斯纳，许多中国法律人都已经熟悉了他的名字和一些著作，但有不少误解。因此，我要多几句嘴，做一个尽可能简洁的介绍。

波斯纳，1939年元月11日出生在纽约的一个中产阶级犹太家庭，父亲是律师，母亲是一位“非常左倾”（波斯纳语）的公立学校教师。他1959年以最优生毕业于耶鲁大学英文系，1962年以全年级第一名毕业于哈佛法学院。在法学院期间，他担任过《哈佛法学评论》主编（president）。他没有拿过Ph. D，但他曾获得过包括耶鲁、乔治城等国内外大学的荣誉法学博士。1962年毕业后，一直到1967年，他曾先后在联邦最高法院担任大法官布冉能法律助手一年并任职其他政府机关，同时他开始接触并自学经济学，形成了他的学术思想。1968年，他加入斯坦福大学法学院，成为副教授；次年，他来到了芝加哥大学，担任教授；1973年一部《法律经济学分析》，给整个法律界带来了一场“革命”（《纽约书评》语）；1978年以后又成为法学院讲座教授。1981年，里根总统提名他出任联邦第七上诉法院（在芝加哥）法官至今，并在1993年到2000年间因资深出任首席法官（院长），兼管该法院的一些行政事务。

任法官期间，波斯纳还一直担任芝加哥大学法学院的高级讲师；每年至少上两门课。同时，他每年平均撰写80件以上的上诉审判决意见（这意味着每周近2件），这个数量之多位居撰写司法意见最多的美国联邦上诉审（包括最高法院）法官之列（比美国联

邦上诉审法院法官撰写的司法意见平均数大约高出两倍)。重要的是,不像绝大多数法官,波斯纳从不用法律助手捉刀代笔,他总是自己披挂(或赤膊?)上阵。他说出来的话,用我遇到的一位他的前法律助手说,打出来就是一段文稿,几乎不用修改。他不仅产出数量多,而且质量也很高。他的上诉审判决意见也是为其他联邦上诉法院引用最多的法官前茅(大致高出平均数3倍)。他的学术著作也是如此,据1999年的几个研究分别发现,1978年以后出版的引证最多的50本法学著作中,波斯纳一个人就占了4本(并属于前24本之列),数量第一;他的总引证率也是有史以来最高的(7 981次),比位居第二名的学者(德沃金,4 488次)高出近80%。[1]无怪乎,一个有关波斯纳的幽默是,"流言说,波斯纳每天晚上都睡觉"。

数字也许太枯燥了。有关波斯纳的才华、勤奋、博学的趣闻轶事很多很多。这里就说两件吧!一是他在联邦最高法院当法律助手期间,有一次,全体大法官们投票对某案做出了决定,并指定由大法官布冉能撰写司法意见。按照习惯,司法意见至少由法律助手撰写初稿。但不知是由于布冉能说反了,还是波斯纳听反了,甚或其他,波斯纳反正是撰写了一份与最高法院的决定完全相反的司法意

〔1〕关于波斯纳的司法意见的引证率,请看,William M. Landes, Lawrence Lessig, and Michael E. Solimine, "Judicial Influence: A Citation Analysis of Federal Courts of Appeals Judges", *Journal of Legal Studies*, vol. 27, 1998, pp. 288, 298;以及,David Klein and Darby Morrisroe, "The Prestige and Influence of Individual Judges on the U. S. Courts of Appeals", *Journal of Legal Studies*, vol. 28, 1999, p. 381. 在前一研究中,波斯纳名列第一;后一个研究中,波斯纳由于种种原因而名列第三。关于最常引用的法学著作以及著作引证率的研究,请看,Fred R. Shapiro, "The Most – Cited Legal Books Published Since 1978", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29 (pt. 2), 2000, pp. 397 – 406, tab. 1; Fred R. Shapiro, "The Most – Cited Legal Scholars", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29 (pt. 2), 2000, pp. 409 – 426.

见。然而，这份意见不仅说服了布冉能大法官，而且说服了最高法院。最后的决定也就顺水推舟按着波斯纳的意见办了。[2]我们当然可以赞美大法官们的平等待人，从善如流，但这足以证明波斯纳真正是才华横溢（当然不同的人还可能从中得出许多其他正面、负面甚或是解构主义的感想：令人怀疑被——特别是被一些中国学者——神化了的大法官们的责任心、智慧和勤勉程度，案件的不确定性等等，随便想去吧!)。记得张五常曾记述了他所谓的“经济学历史上最有名的辨论聚会”——科斯为《联邦通讯委员会》一文同包括弗里德曼等15位大经济学家展开论战，最后令对手统统缴械的学术佳话。[3]而波斯纳的这一轶事足以同科斯的故事媲美；如果仅仅就知识事件本身而言，这个故事不仅毫不逊色，甚至更有过人之处：因为波斯纳是生活在一个具有政治性和等级性的领域，他是作为一个下属，而不是如同科斯是作为平等的学者参与了论战，而我们知道不同领域内的游戏规则是不一样的。并且这是对一个已经初步决定了的案件。也许，这个案子就学术意义而言并不像科斯的论战那么重大，但其具有更大的直接的实践意义。

另一件也就发生在去年。在波斯纳所在的联邦第七巡回区的一个决定中，多数派法官否决了波斯纳临时充任地区法院法官时作出的一个裁决。[4]但就在这一司法意见开头的第一个脚注中，作为波斯纳同事的这些法官写道：

---

〔2〕 James Ryerson, "The Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner", *Linguafeature: The Review of Academic Life - Online*, May, 2000, vol. 10, no. 4 (http: //www. linguafranca. com/0005/posner. html).

〔3〕《五常谈学术》，香港：花千树，2000年，页196-198。

〔4〕 Bankcarp America, Inc. v. Universal Bancard Systems, Inc., 203 F. 3d 477 (7th Cir. 2000).

> “当时，联邦地方法院急需新增法官决定此案，我们的首席法官波斯纳自愿承担了这一地方法官的工作，听审了此案，这充分证明了他对工作的献身精神。当然，波斯纳法官同时也承担了他在本院的全部工作。并且，作为我们巡回区的首席法官，他还完成了大量的行政管理职责。他所做的甚至还远不止这些。他撰写的书要比许多人毕生阅读过的书还多。更重要的是，当时，他正用业余时间，在联邦政府针对微软公司的反托拉斯大案诉讼中，作为某法院任命的特别调解人，努力工作。很显然，波斯纳法官的工作实在是太多了，远远超出了人们的承受能力。这充分证明了波斯纳法官的才华，他能同时处理这么多的角色，并且还是如此的严密、杰出和潇洒。”（着重号为引者所加）

由衷的赞美和敬佩之情，可谓溢于言表。（当然，这里也足以让我们看到我们大力赞美的美国法官的判决书的另一侧面。）

波斯纳的思辨极为精细，文风非常犀利，可以说是锋芒毕露，在学术批评上毫不留情，只认理，不认人。但在日常生活中，所有同他有过哪怕是简短交往的人都认为他是一位非常绅士的人，对人非常礼貌、周到，说话谦和、平等、幽默。上面引用的他的同事在司法意见中的言辞，就是一个明证。

也许是——但显然不是——因为做了法官，波斯纳是一位务实得近于冷酷的人，与那些高唱人文精神的浪漫主义、理想主义学者似乎形成强烈反差。但是在一次午餐间，波斯纳告诉知名女学者努斯鲍姆一个发现：其实，他波斯纳自己是一位浪漫者，而努斯鲍姆等所谓的浪漫者其实是功利主义者。为什么？波斯纳以功利主义世

界观闻名，努斯鲍姆甚至称波氏是狄更斯小说《艰难时世》中把一切关系都货币化的葛擂硬。波斯纳的发现在于，努斯鲍姆同其他许多浪漫主义道德哲学家一样，从本质上认为"人应当幸福，这是生活中最重要的"。而波斯纳本人，如同尼采，认为生活的一切都是挣扎和痛苦，并不存在什么最大多数的最大幸福，因此对于一个人来说，只有英雄的和创造性的成就才重要。是的，波斯纳是这样一个尼采式的浪漫主义者，视人生为一个不断创造和突破自己的过程，要在人生的苦役和虚无中创造意义；相反，那些认为人生仅仅是不受限制地满足自己情感、希望、意欲的浪漫主义者在这个意义上恰恰是最务实的人。难道一定要到一个叫"前面"的地方去（《过客》）的鲁迅不是比"在康桥的柔波里，我甘做一条水草"（《再别康桥》）的徐志摩更具浪漫主义和英雄主义吗?!

甚至，波斯纳对自己和他人的这一发现的意味又何止这些？仅仅从这一发现中，难道我们不就可以感受到波斯纳的对人生哲学的高度抽象思辨能力、他对语词与事物关系的把握，以及他对人和事物的总体把握和平衡?!

这确实是一个绝顶聪明的学者。

四

1999年底，《美国法律人》杂志年终刊评选了100位20世纪最有影响的美国法律人，自然有霍姆斯、汉德、卡多佐等已故法官、学者、也有不少实务律师、法律活动家，其中有13人有专文介绍，其中之一就是波斯纳。当时的哈佛法学院讲座教授、现任斯坦福法学院讲座教授理查德·莱西格（曾担任过波斯纳的法律助手）撰写

了一篇极为精炼且很有意味的、题为《多产的偶像破坏者》的波斯纳简介，也许有助于我们理解一个全面、复合的法官、学者波斯纳。经莱希格教授同意和杂志社的授权，我将这一短文翻译如下，作为这一文丛译序的结尾，必要的地方我还加了脚注。

> 理查德·波斯纳自1981年以来一直是美国第七巡回区上诉法院法官，自1993年以来一直担任首席法官。他是著述最丰的联邦法官，前无古人。任职上诉法院、却仍属最多产的法学家之列，同样前无古人。如果引证率可以测度影响力，那么当仁不让，波斯纳是在世的最有影响的法学家，他的30本书、330篇论文以及1680篇司法意见[5]都是引证最多的；同时也属于受批判最多之列。
>
> 人们称波斯纳为保守主义者，但真正的保守主义者也许会质疑他是否忠诚（因为他怀疑原初意图论，批评反毒品战）。他是法律经济学运动的创始人，但他对法律经济学的影响却不限于此。在这一运动中，他既是詹姆斯·麦迪逊，又是亨利·福特[6]：他把一套关于法律规则与社会结果之间关系的实用主义见解（规则如何影响行为；行为如何更能适应相关的法律规则）都投入了生产，他把这套方法运用于无穷无尽的法律题目，运用于一切，从合同和反托拉斯到宪法的宗教条款以及法官行为。
>
> 法律经济学运动的前沿看上去很怪，但任何学科前沿

---

〔5〕虽然只过去了两年，这些数字都已经大大过时了。到2001年时，波斯纳仅著作数就已经增加到37本。

〔6〕詹姆斯·麦迪逊是美国宪法的主要设计者之一；而亨利·福特美国汽车大王，推动了汽车的产业化。

的特征从来都是让常人觉得“怪”，尽管这个运动的特征并不怪。也许，哲学家对法律经济学进路的基础会很气不过，但随着这一运动的成熟、挣脱了其早期的政治影响，法律经济学如今已改变了法律的全部领域。

如今，我们全都是法律经济学家了！今天的公司法和反托拉斯法已经令它降临之前的法学院毕业生“相见不相识”了；如今40多岁的人也许受了很多管教，对法律经济学的简约论、反再分配的倾向疑心重重，尽管如此，法律经济学的见解如今已是常规科学。当年罗伯特·鲍克的《反托拉斯的悖论》第1版运用了许多法律经济学的论点（其中有许多都来自波斯纳），他嘲笑联邦最高法院有关反托拉斯法的学理；而到了第2版，鲍克就不得不承认，尽管还有点扭扭捏捏，最高法院基本上已得到拯救。但波斯纳厌倦常规科学。尽管他的如今已经出了第5版的《法律的经济学分析》涵盖了法律的全部地带，但波斯纳晚近的兴趣却还是挂在其边沿。

在过去的几年里，波斯纳写作的题目有些与性的规制相关，其中包括一本有关艾滋病的著作。他还把经济学镜头对准了老龄化。他考察了引证率，努力测度了另一位非同小可的法官本杰明·卡多佐的影响。他是“法律与文学”运动的一位中心人物，并就法理学、道德理论和司法行政管理问题有大量著述。在他1995年的著作《超越法律》中，他坚定确立了一个承诺，很可以抓住他的个性：没有单独哪种进路，包括法律经济学，能永久地捕获法律的复杂性。

但波斯纳心目中的英雄并不是经济学，也不是美国联

邦党人；而如果还有的话，那就更多是霍姆斯。霍姆斯作品的特点，也就是波斯纳作品的特点，具有朴素、直率之美（波斯纳在司法意见中从没用过脚注)。他的司法哲学的风味是实用主义，并且怀疑高深理论。

而这也就是波斯纳手笔的标志，并且波斯纳确实是真有手笔。与大多数法官不一样，波斯纳从来都是自己动笔撰写司法意见。雇来的法律助手只管批评挑剔，而他自己动手写作。在一个法官有如此巨大权力的制度中，这是一种伟大的德性。写作会制约人。当一篇司法意见“不管怎样，就是写不下去”时，波斯纳就会改变他的思路。

因为波斯纳有他自己的生活。波斯纳的童年是左翼的(一个著名的故事是，他曾把自己的电动玩具火车送给了卢森堡夫妇〔7〕的孩子)，此后他逐渐右转。当年，他的本科教育是英语文学；如今，他的影响却在经济学。他当过法官亨利·弗兰德利和大法官威廉·布冉能的法律助手，后来又出任过瑟古德·马歇尔的下属，〔8〕但波斯纳的思想属于他自己，似乎没有受这些导师的影响。他无论是主动的还是被动的变化，都出于他的问题，或来自他对对象的质疑。没有谁可以声称波斯纳属于自己这一派。

波斯纳法官的杰出之处还不仅这些。波斯纳写作就不想让人舒舒服服（他最新的著作，有关弹劾克林顿的《国

---

〔7〕卢森堡夫妇50年代初因被指控为苏联的原子间谍而处死；成了美国历史上惟一的被处死的白领人士。

〔8〕这些人都是著名法官。尤其是后两人都曾长期担任联邦最高法院大法官，是自由派大法官的“灵魂”人物和中坚；同时马歇尔还是是美国历史上第一位黑人大法官。

家大事》，肯定不会让任何人舒服。)，当然，这倒也不是说他写作要有意让人不快，或是要让人犯难。仅此一点就区分了他的语词世界与那个以符合民意调查为宗旨的语词世界；也就区分了他与公共生活领域内的几乎任何其他人。也因此，哪怕有种种更好的理由，波斯纳也完全不可能被任命为联邦最高法院的大法官。波斯纳从没想过要保持智识的诚实，他只是诚实而已。他让过于简单的分裂双方都很失望。他写作严肃且涉及广泛，目的只在参与。这是位不懂得算计的经济学家和公众人物，在他身上，确实有些世所罕见的和非同寻常的东西，或许还有点反讽。但这正反映了波斯纳最深刻的信念：一位学者——进而一位法官——的最大罪过就是循规蹈矩。

我们的制度并不奖赏他的这种德性。但，它仍然是一种德性。

希望本丛书的出版不仅仅是有助于我们理解波斯纳和与他相关的学科，而且还有我们自己以及我们的事业。

苏　力

2001年9月8日

于北大法学院

孪生兄弟的不同命运

（代译序）

一

1973年，芝加哥大学法学院的波斯纳教授在小布朗公司出版了一本教科书，《法律的经济学分析》，标志着法律经济学运动的正式起步。也在这一年，也在同一个出版社，一位年龄与波斯纳几乎相同、并很快成为波斯纳在芝加哥法学院同事的法学教授，詹姆斯·伯艾德·怀特，也出版了一本教科书——几乎同样引人注目——《法律的想像》，标志着法律与文学运动的正式起步。[1]

然而，这对孪生兄弟似乎不那么友好。事实上，法律与文学这个交叉学科的出现，从一开始就被视为甚至被作为对抗法律经济学的一个堡垒，要用文学的“想像”来抵抗经济学的“分析”，抵制经济学和其他社会科学进一步蚕食作为一个自给自足的学科的法

---

[1] 波斯纳出生于1939年元月，怀特出生于1938年；此书出版后，怀特就来到芝加哥大学法学院任教（现在密西根法学院任教），而波斯纳自1969年起至今仍在芝加哥法学院任教或兼职。虽然这两本书都是教科书（textbook），但两书实际上并不相同。波斯纳的属于treatise，专著教材；而怀特的属于case book，案例教材。其实，这也许就可以暗示两个学派对于当时美国法学院主流教科书的不同关系——前者的创造性更大，后者的依附性更大。

律。这是一场竞争，法律究竟属于、并且应当属于谁：社会科学（经济学）？还是人文学科（文学）？

近30年过去了，法律经济学不但已经在美国法学院占据了无法撼动的地位，作为学派，作为话语的实践，在美国法学界几乎可以说是“独孤求败”；更重要的是它，作为一种实践的话语，改变了美国的法律实务、法学教育甚至法院系统。法律与文学运动则相形见绌。当然，法律与文学也有了长足的发展，形成了法律中的（in）文学、作为（as）文学的法律、通过（through）文学的法律以及有关（of）文学的法律四个分支；至少一些主要的法学院也开设了相关课程；也有一批重要的法律与文学的著作出版。但是，就总体而言，它仍然处于比较边缘的地位，就影响而言，它根本无法同法律经济学相抗衡。

但最为奇怪的是，波斯纳这位法律与文学运动集中抨击的对象之一，后来也正式加入了法律与文学的运动，并于1988年在哈佛大学出版社出版了《法律与文学——一场误会》。数年之后，反客为主，鸠占鹊巢，李代桃僵，波斯纳竟成了法律与文学运动的领军人物之一。在诸多法学院的这类课程中，教员最常（而且不是之一）指定或推荐的非文学的著作竟然不是怀特或其他人的著作，而是波斯纳的这本《法律与文学》。

战斗似乎是一边倒的。但决定性的战场并不在学界，决定性的人物也不是学者，不是学者个人的才华和能力。“功夫在诗外”。正如霍姆斯在纪念马歇尔的一篇文章所说的，“思考之空洞与思想之抽象成正比。把一个人同他周围的环境——事实上这就是他的环境——分割开来，这是最无聊的”。同样，把一种社会现象同其环境分离开来考虑，强调所谓的人的主观能动性，也是无聊的。法律经济学的胜利在更大程度上是由于社会的需要，是由于法律经济学的

进路和工具碰巧是处理制度问题最强有力的工具，这就如同敲钉子的最方便的工具是榔头，而不是扳手一样——尽管有时你也可以用扳手敲钉子。在这个意义上，理论是没有最正确的，也没有放之四海而皆准的；其正确与否取决于与其处理的问题是否相称。但这也不是“相对主义”，不是“什么都行”；只是在一定的语境中，理论才有正确与不正确之分。还是霍姆斯的话：“所有的思想都是社会的”，而不是个人的。放眼看来，甚至法律经济学、法律与文学以及其他法律与××运动本身也都是20世纪60年代以后美国法律进入“乱世”的产物；是法学院越来越学术化、法学院教职的高收入引发其他学科的学者纷纷进入法学院的产物。

因此，如果抛弃个人的成败得失，而是从社会和法律学术发展的层面上看，法律与文学运动作为一种法律理论的出现，甚至它的“不成功”，也还是有社会意义的。它的出现不仅在一定程度上丰富了美国的法学领域，扩展了法学研究的视野；而且它的“失败”也指出了文学与法律关系之限度，展示出相对于法律与文学的关系而言，法律与经济学关系更为强劲，更具亲和力。它并没有表明法律与文学对法律“没用”，或如同波斯纳当初认为的那样，仅仅是“一场误会”。也许它没有改变美国的法律和司法，但它还是改变了人们对法律的一些理解，它的在场本身就已经改变了法学理论的格局。

甚至——在一定程度上——也改变了波斯纳。

二

10年之后，波斯纳对1988年版的《法律与文学》作了重大修

改、扩展，重新出版。不仅全书从原来的3编7章扩展到了4编11章，篇幅增加了1/7，而且保留的内容也有重大的修改。特别是“与时俱进”，增加了第三编，考察了“通过文学的法律”这一新的分支。最重要的也许是，波斯纳删去了第1版的副标题“一场误会”——表明了波斯纳思想有了不小的变化。

变化必须有参照。仅读这一版，我们不可能了解以前的波斯纳，而且我也不可能、没有必要将1988年版的《法律与文学》全都翻译过来，供有心者对照。好在1998年我曾为其他目的选译过1988年版，翻了一小半，一位在哈佛学习的同学告诉我波斯纳出了增订版，让我的辛勤劳动的成果付之东流。但是，学习上的任何努力都不是虚妄的。当年的译稿正好可以用作参照——当然只是概略的。

我们可以从两版著作的绪论一开始就看出一个明显的变化。

在1988年版中，波斯纳一上来就拿法律与文学同法律经济学相比，并结论认为“法律经济学具有一个实证的和一个规范的纲领”，而“法律和文学运动没有一个中心的、实现的纲领，无论是实证性的还是规范性的都没有”；并且法律与文学“不像法律与经济学之间的关系，是从经济学（理论）到法律（对象）。……结果是在法律和文学之间有一个丰富但令人混乱的潜在关联。其中有些也许是表面的或误人子弟的”。这些话，足以表明波斯纳撰写此书第1版时的立场、出发点和视角，表明了他评价法律与文学时所使用的基本标准。波斯纳是要同法律与文学运动作战。

但在1998年版的绪论中，波斯纳一上来就分析了福斯特的长篇小说《霍华德别业》中一些根本不是审判或法律的场景，将之同法律人的推理和修辞勾连起来；进而强调，法律人的洞察力也许有助于揭示文学作品中表面上与法律无关的意义。他认为法律的技巧

和想像从一开始就弥散在西方文化中。显然，在这里，波斯纳的立场发生了某种偏移：他现在不是首先拿着社会科学或经济学的尺子来比较文学，而是具体的看一看，文学中有没有什么东西与法律是有关的。他至少首先是站进文学的领域中来讨论法律与文学的问题，多了一份理解，多了一份设身处地，不再像当年那样从一开始就想在这两个学科中比一个高低。

只是不“从一开始”而已，比还是要比的，而且也不可避免。应当说，波斯纳对法律与文学的许多基本判断没有什么变化。在1988年版中，波斯纳尽管列举了一系列法律与文学的相关性，〔2〕但波斯纳强调说：法律和文学相互启发的程度却是有限的；这一领域中的一些实践者夸大了这两个领域之间的共同性，对两者的深刻差别关注不够；他们为使文学看上去与法律相关而曲解了文学理论或某个文学作品，也为使法律看上去与文学相关而曲解了法律。1998年版中，波斯纳仍然认为法律与文学这个领域仍然“充满了虚假的起点、夸张的解释、肤浅的争论、轻率的概括和表面的感悟”。并且在他两本书中，波斯纳都一贯运用了大量的法律经济学分析。

但是，对于一个实用主义法律家来说，重要的也许不是法律与文学运动的一些命题是否正确，而是这个运动是否给法律带来了些什么。在1998年版中，波斯纳承认，正是有关文学解释与法律解

〔2〕 波斯纳指出，除了法律写作中充满了文学也使用的隐喻、律师强调类比推理与诗人使用比喻相近、法律人使用了文学作品中使用的形象化语言等表面的联系外，法律与文学的联系还有，(1) 有数量惊人的文学作品中涉及到法律甚至是正义的一般问题；(2) 法律和文学都关注文本的含义，解释是一个中心争议；(3) 法律文本，特别是法院的意见，很像文学文本，有很多修辞；(4) 文学是法律规制的一个传统对象，并且文学作品有时会引出诉讼；以及，(5) 法律程序，特别是英美的陪审抗辩制，有重要的戏剧化向度等。

释的争论才使学界对在法律中运用文学解释方法的兴趣消失了，人们已经越来越清楚感到，解释是相对于目的的，因此不同的解释对象提出的解释问题也是不同的。并且波斯纳本人的解释观也在这个过程中有了变化。此外，在这10年间，法律与文学还提出了法律的叙事问题，发展出了“通过文学的法律”这样的一个分支，这都迫使波斯纳必须做出回应。因此，波斯纳认为，对于法律与文学运动的恰当视角是批评加同情。大约因此，他删去了原版副标题隐含的结论：法律与文学是“一场误会”。

必须指出，尽管许多人把法律与文学同法律经济学对立起来，也尽管波斯纳明确拒绝了以法律与文学的名义提出的一些最为宏大的主张，但，其实，波斯纳从一开始就不拒绝法律与文学运动。事实上，就在第1版中，波斯纳就曾对如何把法律与文学更好地整合进入大学教学提出了一些建议。他提出，法学院应当开设法律与文学的课程；法律与文学可以也应当提供不同视角，从外部也从内部来考察法律；可以为法律史、法律人类学和比较法提供一个入门，并同其他交叉法律研究一起引导学生进入这些研究领域；可以为法理学等课程研究的一些传统专题，例如法律与衡平的矛盾以及规则与裁量的矛盾，提供了一个全新的角度；可以培养学生的阅读能力，使他们成为法律文本的更好读者和作者；并且可以传输法律辩论和法律写作的技巧等等。在这一版中，他更是强调可以从某些文学作品中学到大量的法理学知识，甚至认为好的选本可以成为传统的法理学论著（discursive works）的很好（close）替代。他还强调，他支持法律与文学，希望看到它的繁荣，即使不是按照他自己的想法。

不仅文学对法律能有所贡献，尽管有限，而且波斯纳认为，法律家的视角也可能有助于文学的研究。例如，可以使读者更好理解

和欣赏某些文学作品；法律批评家还可以对文学研究有所贡献，即提出一些重复出现的文学作品处理法律问题的特点等等。所有这些，对中国法学界也都是有意义的，也支持了此书的翻译。

三

不打不成交。从"一场误会"到消除误会，甚至反客为主，这种变化似乎对我国的学术发展提供了某些启示。

在中国法学界，跑马占地是一种普遍的现象。各人自我界定，划一个圈子，不容别人——弟子除外——染指，最严重的是别人也自动地谢绝染指。结果是一个个学术领域的垄断，并且形成了一种联合定价的学术卡特尔，大家相安无事，和平共处，学术上没有竞争，最多只有对峙。法律经济学同法律与文学的交往发展史则告诉我们，真正的学术竞争并不仅仅是各人坚守自己的阵地，而是要敢于"深入敌后，开辟根据地"，要勇于正面交锋。只有在正面的交锋中，学术才有可能发展，甚至会根本改变学术的格局；不仅学术界和社会会因此受益，而且会改变学者本人的观点。经济学家进入法学的反垄断法领域带来了这一场革命，波斯纳进入法律与文学的领域也同样带来了变化。学术领域就是这样扩展的。在这个意义上，没有哪一个个体的学术研究会生产"真理"，学术研究更多是一种竞争；如果说有真理，那只是竞争的意外产物。

但是，能否进入一个学术领域并不取决于是否决心进入，是否勇敢，是否有"舍得一身剐，敢把皇帝拉下马"的勇气，那是红卫兵精神，而不是学术精神。如果不读书、不会读书或不认真读书，因此没有足够的学术准备，仅仅是凭着一腔热血，满腔热诚，甚至

仅仅是为了证明自己的勇气，那么也只是“搅和”，而不是参与，不可能推进学术的发展。

波斯纳进入法律与文学的领域是有相当充分的学术准备的。波斯纳本科就在耶鲁大学的英国文学系（而耶鲁大学是文学批评中“新批评”学派的老家），并且以最优秀的成绩（*summa cum laude*）毕业于该校。此外，从本书中特别是第二编关于解释理论，以及波斯纳的其他著作中，我们也可以看出，他对“新批评”、哲学阐释学、接受美学、读者反应理论、文学解构理论等文学批评理论都非常熟悉。不仅是理论，而且他对欧美文学作品无论是诗歌还是小说还是戏剧，无论是古典还是现代的，也都非常熟悉，几乎是信手拈来，并且恰到好处。他不仅对文学保持了一种美学的欣赏，而且由于他作为法学家、经济学家以及对其他社会科学的熟知，也善于发掘这些文学作品的主题甚至寓意，善于并能够把这些作品放到具体的历史语境中来考察，展现出一种开阔的社会科学视野。事实上，就在撰写此书之前，波斯纳已经在《正义/司法的经济学》中，牛刀小试，以荷马史诗为材料分析了荷马时代古希腊社会的制度结构以及其他一些相关的法律问题；那实际可以说是波斯纳的第一次对法律与文学的短促突击，是一种学术的准备。

当然，我还要强调，并不是有了这些理论装备或对文学作品的熟知就足以保证一个人成功地进入法律与文学领域。进入文学还需要其他一些要素，甚至可以说是天分，例如对语言的敏感，对细节的直觉把握等等，而不能只是为“故事”所感动。这些特点在波斯纳自己的写作中，可以说比比皆是（例如“剪不断理还乱的色情”，“语词而已”。——均见于《超越法律》），而且体现在他对文字所表达意象特有的敏感和洞察上。在批评一位黑人女性法学教授帕特里夏·威廉斯的法律与文学著作时，我们就可以看到这样一个非常典

型的例子（见《法律与文学》第10章）。

威廉斯用近乎白描的手法描述了自己一次在购买商品时遭遇的未明言的种族歧视的经验：

“我看见一家橱窗中有一件毛衣，想送给我母亲。我把我的棕色圆脸摁在窗口上，指头摁在门铃按钮上，想进去。一位眼睛很窄的十多岁的白人，穿着一双跑鞋，嘴里嚼着泡泡糖，向外看了看，用他最大的社会理解力评价我，打量我。大约5秒钟后，他开口说‘我们关门了’，并对我吐出粉红色的泡泡糖。这是圣诞节两周前的周六，下午1点；商店里有几位白人，似乎正在为他们的母亲选购什么东西。”（本序作者的翻译）

对于这样一段似乎平淡无奇的文字，波斯纳以同样凝炼的语言表达的感受和分析，点出了作者的寓意以及作者的才能：

“这一勾勒的力量在于其凝炼，在于其棕色圆脸与销售店员狭窄双眼以及粉红色泡泡糖之间的生动对比，在于其用物理排斥作为社会排斥的隐喻，在于其暗示一个最不重要的白人（这个嚼着、吐着泡泡糖的十多岁的销售店员）完全心安理得地对一个更年长、也更有成就的黑人行使权利，以及在于对这位店员对她之反应的精致概括（‘用他最大的社会理解力评价我，打量我’）”。

这里有欣赏和理解，但也就在这种理解和欣赏中，波斯纳才提出了质疑：

> “但是，也就在威廉斯艺术手法的最顶端，细心的读者会开始感到一种不安。威廉斯是否真的把自己的脸摁在窗口上了——即，她的脸是否实际触到了玻璃窗？或者她是在渲染这一事实，以获得戏剧性效果？……还有，她何以知道这个销售店员拒绝她进店就因为她是黑人？她所引用的惟一证据就是，圣诞节就要到了，这个商店不大可能关门，商店里有其他购货者……。”

这种对作品文字细节的艺术直觉感受力和反思能力都是极为出色的。而且，要知道这是波斯纳法官在平均每年撰写1部专著、10篇论文和80—90篇司法判决意见以及其他大量行政、教学工作之余的阅读！而且这种阅读和分析在波斯纳的每一本著作中都是大量的。

这也许就是才华和天分？不仅仅如此。更重要的是，在这背后，我们还可以体会到波斯纳对被批评者及其作品的实实在在的尊重，表现为认真系统的阅读，理解作者要处理的问题，努力体会作者选择的每个文字和意象。波斯纳没有笼而统之，概括一下作者或作品的要点（记住：“思想的空洞与思考的抽象成正比”），更不是把作者及其作品当作任自己宰割甚或阉割的傻瓜，断章取义地摘一句话、半个标题甚或一个词，造出一个批评的靶子，为自己创造某种夸张的成就感。这才是认真对待（take it seriously)。这种严格的学术批评中体现了双重的人文精神；而只有这种双重的人文精神才能造就和支撑严格的学术批评。

四

前面已经提到，4年多前我就曾选译过此书的1988年版，并且已经翻译了一小半；增订版的出版令我多少有些懊恼。有些而已，是因为我当初翻译时，还没有那么强烈的出版欲望，更多的是为了精读，为了养成自己的文字阅读和表达上的敏感、准确和精微。

但在这一翻译过程中，我也确实感受到了许多新的东西，不仅是法律的或理论的，而且有文学的和美感的。例如，就是在翻译中，我才感受到叶芝的诗——例如《1916年复活节》——之美，以及为什么美？感受到密尔顿《失乐园》中那段描述撒旦失败后的诗歌之壮美（1998年版删去了这一段）。感受到美国一些著名法律家的修辞和风格，他们的差异；以及其他。在这个意义上，波斯纳也是我文学的教师之一。

我很珍惜这种经验。文学作品的美学欣赏力大多是在青少年时期的阅读中培养起来的；人大了，由于工作忙，家庭负担重，文学作品阅读就少了，也很容易大而化之——往往关注作品“讲了什么”。除了少数专门研究文学并且喜好的人外，大多数人的美学欣赏能力都只是停留在青少年时期；或者仅仅是随着年龄增长、随着性情爱好改变而略有变化而已。因此，在美学欣赏上，如果没有很好的传承，不同年龄段的人之间会出现很深的代沟。我们这代人，由于“文革”，对文学艺术作品的欣赏能力基本上都是个人在大量杂七杂八的阅读中逐步形成的，从来或基本没有得到老师的点化，走的是“野路子”，可以说是“先天不足”。而且，似乎中国传统的

文学作品欣赏（而不是中国文学），至少先前，也往往不大讲道理，只是用某种诗化的语言表示赞赏；或者是道理讲的让人倒胃口，而不是让人豁然开朗，更少对作品的结构、隐喻等因素进行点拨和分析。这一点，似乎到今天也没有多少改变。只要看看那么多人，包括一些甚至是中文系教授，都喜欢金庸就可以证明这一点了。我说这话并不是贬低金庸，或指责金庸迷。每个人都可以选择他自己的偏好，这一点道理我还是懂的；而且我也知道文学作品的最终评价是时间和读者，而不是任何其他。我想说的只是，喜欢金庸的读者大多是着迷于其故事，即所谓"成年人的童话"，这表明，至少就叙事作品而言，其阅读方式是比较单一的。而文学欣赏是有多个层面的，甚至是纯形式的：韵律、节奏、色彩甚至仅仅是那种氛围——请想一想中国唐诗宋词的美感，想一想李商隐的《锦瑟》和《无题》。因此我很高兴，作为一个忙碌的法律人，在40岁以后，在这个普通人都认为只是赚钱但非常枯燥的法律专业工作中还能获得这样一种多少扩展自己文学欣赏能力的机会，少许的感受了一下英美的一些经典文学。这是幸福的。

当然，对于法律家来说，这种文学欣赏能力并不非常重要，最重要的可能还是判断力和权衡的能力。但是，对于文字的敏感，对于细节之意义的把握，仍然是法律家必备的能力之一。事实上，英美法先例制度中的"区分技术"，在很大程度上，需要的就是对细节的把握，对细节之意义的阐明；至于英美式判决书之写作，更要求对文字的驾驭。至少，具备这种能力不是一件坏事；中国人说，"艺多不压身"。而现代的专业化的法律教育弄不好就会削弱这种能力的培养。

只是，这本书我是无法翻译了。因此，我很羡慕李国庆君能有这样一个翻译的机会，甚至，我很妒忌他，尽管更多的是感谢他的

努力。我希望而且也相信这本书的翻译不仅会给中国的一些法律人一些启示，而且会给中国的一些文学人带来某些启发，发现他们可能施展才华的一些地带。说不定，中国也会出现一些有价值的法律与文学研究，尽管可能还不会形成一个“运动”。

而且，我也正在努力。

苏　力

2002年2月15日

于北大法学院

前　言

本书的第1版是10年前出版的。其间我一直从事"法律与文学"这一交叉学科领域内的教学、思考、阅读和写作。我很高兴有这个机会以这个在相当程度上修订和扩大了的版本的形式把我现在的想法总结出来。

在过去10年里，这个领域有所扩大。仅仅在法学院里，相关课程的数量就翻了一番。[1] 这期间出现了一些重要的专著，包括托马斯·格雷的《华莱士·斯蒂文斯研究：法律与诗歌实践》，[2] 以及玛莎·努斯鲍姆的《诗性正义：文学想像与公共生活》。[3] 像格雷和努斯鲍姆这样著名学者的加入，这也证明了法律与文学运动的生命力。关于法律与文学的评论集、文选和一般性著作持续不断地大批涌现，例证包括 *Adversaria*（*Mosaic* 1994年12月号特刊）；J·尼维尔·特纳和帕米拉·威廉斯合编的《幸福伴侣：法律与文

---

〔1〕 Elizabeth Villers Gemmette, "Law and Literature: Joining the Class Action," 29 *Valparaiso Law Review* 665, 666－667 (1995).（格迈特报告说，在这些课程里，本书的第1版是最经常被要求或建议阅读的非小说类作品。同上，页671，注〔46〕。）

〔2〕 Thomas Grey, *The Wallace Stevens Case*: *Law and Practice of Poetry* (1991).

〔3〕 Martha Nussbaum, *Poetic Justice*: *The Literary Imagination and Public Life* (1995).

学》;[4] 伊安·瓦德的《法律与文学：可能与视角》;[5] 以及布鲁斯·L·洛克伍德编的《法律与文学的视角》。[6] (也请看与本书第1版同年出版的萨恩福德·莱文森和史蒂文·迈尔罗克斯合编的《解释法律与文学》)[7] 这期间也出现了执业律师们撰写的一流的法律与文学著作。请看丹尼尔·康斯坦的《宰了一切律师？莎士比亚的法律呼吁》;[8] 威廉·道姆纳斯基的《在法院看来》。[9] 并且开始出版了两本新的刊物：《卡多佐法律与文学研究》(*Cardozo Studies in Law and Literature*) 和《耶鲁法律与人文评论》(*Yale Journal of Law and Humanities*)，前者全部有关法律与文学，后者则部分有关法律与文学。由于美国作家对法律的持续迷恋，法律与文学这一领域欣欣向荣，作为一个法律交叉学科研究学派的地位也日渐巩固。请看加里·闵达的《后现代法学运动：世纪末的法律与法理学》第8章。[10]

这个领域的发展与本书第1版描述的方向非常一致，但有两个例外。第一，对于使用文学方法来解释法典和宪法的兴趣已经减少了，因为人们越来越感觉到，解释是相对于目的而言的，所以对不同的解释客体（梦、歌剧、标签、宪法、十四行诗）不大可能提出相同的问题，并且解释也是一种自觉努力即使有效果也不会太多的

---

[4] *The Happy Couple*: *Law and Literature* (J. Niville Turner and Pamela Williams, eds. 1994).

[5] Ian Ward, *Law and Literature*: *Possibilities and Perspectives* (1995).

[6] *Law and Literature Perspectives* (Bruce L. Rockwood ed. 1996).

[7] *Interpreting Law and Literature*, Sanford Levinson and Steven Mailloux eds. (1988).

[8] Daniel J. Kornstein, *Kill All the Lawyers? Shakespeare's Legal Appeal* (1994).

[9] William Domnarski, *In the Opinion of the Court* (1996).

[10] Gary Minda, *Postmodern Legal Movements*: *Law and Jurisprudence at Century's End*, ch. 8 (1995).

活动。我自己对于解释的思考也变化了，这些变化反映在对有关解释的那一章的修改。

第二，对于使用虚构文学及其技术来处理那些远离法理学的问题的兴趣也增长了——原先研究的那些有关法理学的问题的例子有：法律是怎样产生于复仇的？什么是自然法？什么是对于文本的客观解释？司法意见在什么意义上具有“文学性”或是不是应该具有“文学性”？修辞和正义/司法之间的关系是什么？在对本书第1版的评论中，[11] 詹姆斯·伯艾德·怀特（James Boyd White）批评我没能理解：重要的是律师受过文学教育，而不是他或她阅读关于法律的文学作品。[12] 怀特、努斯鲍姆和其他人使用与法律不相关的、或者至少看起来不相关的虚构文学作品作为一种法律学术新模型的基础，我将在本版第三编讨论这个问题。这种新模型强调叙事和回忆而不是分析，喜欢司法传记而不喜欢研究司法意见，允诺会提供对于在美国法律上麻烦不断的人们（比如黑人和妇女）所处困境的崭新洞见，并从总体上试图通过扩大律师和法官的想像力来促进他们同情理解和感同身受的能力。

只有第三编的章节是全新的，但是其他一些章节也有很多增添，后果之一就是第1版中的第2章现在变成了三章——第1、3、4章，而原来的第1章变成了现在的第2章。这一版讨论了第1版中没有讨论的一些作家的作品，包括雪莱、曼佐尼、斯汤达、福斯特、德伦迈特、盖迪斯和理查德·莱特的作品；第1版中讨论过的作家，这里增加讨论了他们的其他作品；并且讨论了几部通俗小说。我对所有章节都进行了修订或重新组织（或者两者都有），并

[11] James Boyd White, “What Can a Lawyer Learn from Literature?” 102 *Harvard Law Review* 2014 (1989).

[12] 同上，页1028。

且更新了参考书目。一些新的材料来自于第1版出版后我所出版的一些书和发表的一些文章:《卡多佐:声誉研究》(1990);[13]《法理学问题》(1990)年;《超越法律》(1995年);"戏仿在什么情况下才是合理使用?"(When Is Parody Fair Use?),载于《法律研究杂志》(*Journal of Legal Studies*)第21卷第67页(1992年);"司法传记"(Judicial Biography),载于《纽约大学法律评论》(*New York University Law Review*)第70卷第502页(1995年);"法官的写作风格(以及它们是否重要)"(Judges' Writing Styles (And Do They Matter)),载于《芝加哥大学法律评论》(*University of Chicago Law Review*)第62卷第1421页(1995年);"法律叙事学"(Legal Narratology),载于《芝加哥大学法律评论》第64卷第737页(1997)。

我努力认真地重新思考了第1版中表达的解释和其他观点。重新思考的过程导致了一些变化,在这个过程里我受到了1988年以来出版的相关问题的大量学术著作的帮助。我更改了错误,删除了不相关的材料。

我感谢哈佛大学出版社的编辑迈克尔·阿仑逊鼓励我写作这一新版本;感谢詹尼弗·卡奈尔、凯文·克力闵、索林·费纳尔、西门·吉尔伯特、马修·杰克逊、克里斯托福·凯勒、杰弗里·曼尼、奈尔·派蒂、大卫·索默斯、安德鲁·特拉斯克的出色研究协助;感谢保罗·亚伯拉逊、阿尔伯特·艾尔舒勒、迈克尔·阿仑逊、杰克·巴尔金、韦恩·布思、理查德·克拉斯维尔、约瑟夫·爱泼斯坦、史蒂芬·霍姆斯、劳伦斯·莱辛格、凯瑟琳·麦金农、玛莎·努斯鲍姆、罗伯特·皮品、莎琳·波斯纳、艾里克·波斯纳、理查德·斯特恩、丹·苏波特尼克、芝加哥大学法学院一个工作进程午餐会参加者和该大学

[13] Richard A. Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, University of Chicago Press, (1990).

修辞专题研究小组参加者的大量有益批评和建议，并感谢安妮塔·萨福兰的专业文字校对。我也借此机会再次感谢戴伦·福涂纳托、迈克尔·凯因、劳拉·尼伯凌、理查德·祖克为本书第1版提供的非常有益的研究协助，以及迈克尔·阿仑逊、大卫·白文顿、罗伯特·弗格森、大卫·弗里德曼、迈克尔·加加林、哈里森·海福特、史蒂芬·霍姆斯、彼得·贾森、克莱顿·科尔博、约翰·朗贝恩、L·H·拉儒、所罗·莱福摩尔、肯尼斯·诺斯科特、理查德·波特、莎琳·波斯纳、艾里克·波斯纳、詹姆斯·拉德费尔德、劳伦斯·罗森、爱德华·罗森海默、埃娃·萨科思、卡斯·桑斯坦、理查德·维斯堡、罗宾·韦斯特和詹姆斯·伯艾德·怀特对本书第1版初稿所提供的大量有益评论。

▼
▼
▼
目　录

导 论

E·M·福斯特（E. M. Forster）不是律师，他的《通往印度之路》（*A Passage to India*）即使有着一个值得注意的审判场景，可以说是一部“法律小说”，但他的小说《霍华德别业》（*Howards End*）（1911 年）也不能说是一部“法律小说”。《霍华德别业》围绕着玛格丽特（Margaret）和海伦·施勒戈尔（Helen Schlegel）姐妹与维尔科克斯（Wilcox）一家在生活方式和价值观上的对比展开。玛格丽特和海伦·施勒戈尔姐妹出生于德国，但已经英国化了，她们有修养、敏感、高尚，是德国浪漫主义的继承人，而维尔科克斯一家则是彻头彻尾的英国人家，家中的男人是市侩商业价值的典型代表。在亨利·维尔科克斯（Henry Wilcox）的第一个妻子死后，玛格丽特·施勒戈尔嫁给了他。未婚的海伦同一个名叫列奥纳德·巴斯特（Leonard Bast）的穷困潦倒的蓝领年轻男子怀了孕。巧合的是，在亨利·维尔科克斯的第一个妻于还活着的时候，巴斯特的妻子是亨利·维尔科克斯的情妇，当时亨利因为工作原因住在外地，并且他在抛弃自己的情妇后也没付给她生活费。

亨利·维尔科克斯认为自己的小姨子未婚先孕是一大丑闻，只能作出两种反应。如果诱奸者没有妻子，那么就一定要强迫他同她结婚；如果他已经结婚，那么他就“必须为自己的胡作非为受到严惩，必须把他揍扁”（页 305）。[1] 为了知道诱奸者的身份，维尔科

[1] 我所引用的是 Vintage Books 版本（1954 年）。

克斯盘问了自己的妻子。玛格丽特不想说出来，所以就换了话题。她问，海伦可不可以住在他们家里（霍华德别业），因为海伦在去慕尼黑秘密生下孩子之前的最后一个晚上非常想住在这里。亨利大吃一惊，但是他还是不温不火地做出回应，对海伦想住在霍华德别业的原因提出疑问。他没有得到结果，玛格丽特坚持说最重要的是海伦想住在这里；于是他很快改变了策略。“如果她住了一夜，她就可能会想住两夜。我们可能永远没办法让她搬出去”（页 306）。这时律师的耳朵就会竖起来了，这是律师所熟悉的策略——“滑坡”（slippery slope）。如果你接受 a 主张，你就必须要考虑一下接受了 a 主张是不是会让你必须接受 b、c……n 主张，理由是在这些主张之间没有原则性的区别，所以就没有逻辑上的终点，然后你必须考虑这一整套主张的后果。认为这个论证原则消除了住一夜和永远住下去之间的区别，这种想法很荒谬，并且我们开始怀疑亨利·维尔科克斯可能是一个僵化的、着迷于规则的思考者，简单说，他可能是一个**条文主义**思考者；他坚持对海伦怀孕仅有两个可能反应，强迫结婚或对诱奸者实施犯罪行为，这在顽固不化上可能与他的“滑坡”论证同出一辙。另一个语境也表现了亨利的条文主义倾向。第一位维尔科克斯太太是霍华德别业的法律所有者，她本想把房子留给玛格丽特，但是她进行意思表示的短信不符合遗嘱的形式要求，亨利基于自己的法律权利撕掉了短信，以法律正义的名义做了不正义的事情。

2 亨利的迂钝还表现在他没有理解玛格丽特的话。“你会原谅她吗？——因为你也希望被原谅，也因为你实际上已经被原谅了”（页 307），这是指亨利同现在是列奥纳德·巴斯特妻子的那个女人之间的关系，而玛格丽特已经原谅了这层关系。但是这句话还有更深一层的意义，即诉诸仁慈来反对严格的法律正义。亨利拒绝了这个要求，说，“我知道什么叫做得寸进尺。”他也没有回应她进一步的点拨，“别忘了巴斯特太太”，玛格丽特因此非常生气。“玛格丽

特冲到他旁边抓住他的双手。她像变了一个人一样，'我受够了！'她高声喊道，'如果你因此丧命，你就会看到联系了，亨利！你有过一个情妇——我原谅了你，我妹妹有一个情人，你就把她从家里赶出去……。你要对自己说："海伦做过的事情，我也做过"'。"(页308)。即使这样的迸发也没有效果，因为亨利知道法律正义的基本规则就是类似的案件必须给予类似的处理，所以他坚持说"这两件事不一样"。但是他思维不清楚，他没能指出具体的不同之处，所以他又改变了策略。他指责玛格丽特在敲诈自己，这样，他就把她的话归到一个可以抵消自己错误行为的法律类别里面。指责玛格丽特敲诈是不对的，玛格丽特并没有直接或者间接威胁亨利说：如果他不允许海伦在霍华德别业住一夜，她就会把他同巴斯特太太的旧情公开（向谁公开？谁会关心这件事？)。亨利是一个很差劲的法律推理者，但是，有趣的是，一个与审判或其他法律场景毫不搭边的小说情节却与法律修辞和法律推理遥相呼应。

这蕴涵着福斯特把法律的思维方式同割裂心灵与大脑的做法联系了起来。("只要联系……"是《霍华德别业》的卷首引语，并且实际上是福斯特的座右铭。）在福斯特看来，人类的悲剧在于人们陷入了一些思维的结构，这些结构使人们无法过情感满足的生活，使人们无法公平地彼此相待，例如，福斯特认为，由于维多利亚时代的性道德谴责同性恋，因此，福斯特自己的生活很悲惨。在《霍华德别业》中，这种谴责被转移为亨利因海伦稍稍违反了维多利亚时代的道德规范而拒绝海伦。福斯特会把这个规范本身同法律思维习惯联系起来，因为他的《霍华德别业》写于奥斯卡·王尔德因同性恋行为被审判、定罪和入狱后仅仅10年。正如我们将要看到的，(施勒戈尔姐妹的）浪漫主义价值同法律价值之间暗含的对立是文学中经常出现的主题，并且，尽管过度的浪漫主义也是《霍华德别业》批评的一个主题——海伦与列奥纳德·巴斯特的不负责行为是导致他毁灭的一个因素。但是，相比于浪漫主义，福斯特更着重于

3

批判条文主义。他把法律思维想像成是忠于僵化的二分对立和无情抽象，对于复杂的感情毫无知觉，从而造成了不必要的痛苦。作为文学对于法律的通常反应，这种想像低估了规则和抽象作为从社会交往的混沌状态中获得秩序的一种方法的价值，但这不是我的论点。我想论证的是法律作为文学的主题无所不在。

西方文化从一开始就渗透着法律的技术和意象。文学作品的作者一直注意着法律，我们看到，从《欧墨尼得斯》（*Eumenides*）到《安提格涅》（*Antigone*）到《凯恩兵变》（*The Caine Mutiny*）、《虚荣的篝火》（*The Bonfire of the Vanities*）和《他自己的狂欢》（*A Frolic of His Own*），这些"法律的"文学作品都着迷于法律本身；《霍华德别业》把法律作为一种戏剧和修辞模式，〔2〕以及把法律作为有序的日常世界的象征，作为对文学中常见的混乱情况的阻碍和背景。（大多数文学作品都与以不同方式把自己生活搞得一团糟有关。）在法庭中，法律是竞技性的，但是法律的精神却是和平与调解。法律的第一个方面，即法庭上的法律，为文学作品中遇到的麻烦不断的生活提供了一种类比。我们在卡夫卡的《审判》的双关标题中就看到这一点，审判在英语里和德语里（*Der Prozess*）都既指法律程序又指个人的危机。第二个方面，即作为社会和平之条件的法律，为这种麻烦不断的生活提供了一种对照。近些年里，一些文学学者也开始注意到远在传统文学经典之外的文本。这种兴趣的扩大把法规、合同和司法意见都纳入了文学领域的视野之内。

4

如果说法律使作家和文学研究者着迷，那么文学也使法官以及最近包括了法学教授在内的其他法律人着迷，他们把文学当成各自

---

〔2〕关于法律的设置，特别是审判，对于文学形式，特别是小说的作用，请看 Alexander Welsh, *Strong Representations: Narrative and Circumstantial Evidence in England* (1992) 中的有趣的讨论；也请看 Barbara Shapiro 对于 Welsh 的书的评论，"Circumstantial Evidence: Of Law, Literature, and Culture," 5 *Yale Journal of Law and the Humanities* 219 (1993).

司法、法庭和学术工作的一种可能模式，作为审视法律个案中出现的社会问题的一个可能视角，并作为引用的一个来源。[3]一些著名文学作品的作者曾经是律师（或受过法律训练），包括多恩(Donne)、菲尔丁（Fielding)、沃尔特·司各特爵士（Sir Walter Scott)、巴尔扎克、詹姆斯·芬尼莫尔·库珀（James Fenimore Cooper)、福楼拜、托尔斯泰、卡夫卡、高尔斯华绥、华莱士·斯蒂文斯，乔叟也可能是，甚至亨利·詹姆斯也一度是哈佛法学院的学生。今天的一些最受欢迎的小说作家，比如约翰·格雷斯汗（John Grisham）和斯科特·特洛（Scott Turow)，都是律师。[4]并且，文学被直接纳入了法律的轨道，在诸如诽谤、著作权和淫秽作品之类的标题下受到法律的规制。

尽管法律和文学之间的重合自古就有，但在1973年詹姆斯·伯艾德·怀特出版《法律的想像》（*The Legal Imagination*）这部教科书之前，"法律与文学"作为有组织的研究领域还不存在。一直进入1980年代这个领域还很狭小，因为直到最近，法律学术研究和文学学术研究还都只是自主的领域，各自拥有具体的、范围狭窄的、互不重合的文本体系（在文学学术研究中是文学经典，在法律学术研究中则是由律师撰写的从制定法、宪法规定和司法意见到文章和专著的一系列文本），这些文本都要使用特定的、狭隘的方法论才能掌握。文学文本处于法律学者的视野范围之外，法律文本也处于文学学者的视野范围之外。不同学术领域之间的界线最近变得

---

〔3〕请看 William Domnarski, "Shakespeare in the Law," 67 *Connecticut Bar Journal* 317 (1992).

〔4〕如果对电影和电视剧中对法律的描述不作研究，对大众文化中的法律的讨论就不算完整，但是进行这种讨论会让本书过度拉长。对这些问题感兴趣的读者可以读一读 Paul Bergman and Michael Asimov, *Reel Justice*: *The Courtroom Goes to the Movies* (1996)，这部书概述和分析了69部有关法律的电影，还有 *Legal Reelism*: *Movies as Legal Texts* (John Denvir ed. 1996)，这是一个批评论文的选集。

模糊起来了，在一些像文学和法律这样的“软”学科里职业主义和智识雄心也不断膨胀，这些都导致了法律学者对包括文学在内的并行领域开始感兴趣，而文学学者，像我提到的一样，也开始对包括法律文本在内的非文学文本感兴趣了。

尽管法律与文学在其最佳状态下可以吸引严肃的法律研究者或从业者以及严肃的文学研究者的兴趣，但这个领域也充斥着错误的论题、带偏见的解释、肤浅的争论、轻率的概括和表面化的理解。这一点并不能够将其从精确科学范围以外的绝大多数学术领域明显分开，但有一点还是值得强调的，对于法律与文学的正确观点应该是在赞同之余还有批判。

在第一编中我将讨论在某种意义上是“关于”法律的文学作品，这里法律的定义很宽泛，包括自然法和复仇——与实在法并行并且影响实在法的规范体系。这些文学作品包括了西方文化中的许多里程碑作品，包括荷马、古希腊悲剧、莎士比亚、陀斯妥也夫斯基、梅尔维尔、卡夫卡、卡缪，还有不胜枚举的畅销小说作家。但是，我将论证，我们并不能从虚构文学作品中学到很多关于法律体系日常运作的知识，即使这些作品描述的是审判或正式法律体系中的其他活动。其原因与“时间检验”这一文学作品的试金石有关，对此后面有详细的论述。但是我们可以从一些文学作品中学到很多关于法理的知识，实际上，认真挑选一些这样的作品就几乎能够代替论证性的法理著作，而且，像我们在考虑《霍华德别业》时看到的，表面上与法律或并行的规范体系无关的文学作品，有时从法理的视角来看也可能会有更好的理解。

本书第二编研究两种法律文本——法律运作文件（制定法的或宪法的立法性法令，或者合同）和司法意见——但是从文学的角度研究。与许多虚构文学作品一样，被赞誉的或者有争议的司法判决中涉及的立法性法令常常是非常模糊的文本。这些法令提出了解释的客观性问题，这个问题长期以来一直吸引着文学批评家和学者，

也吸引着法官和法律学者。无可救药的不确定性和无节制的主观性像幽灵一样纠缠着这两个领域中的关键文本。

尽管司法意见有时也很晦涩，但司法意见并不是经典文本，所以在后来的意见中予以澄清或修改，可能不会产生太多异议或麻烦。司法意见提出的文学问题并不是含义的问题，而是风格的问题。风格究竟是司法意见的必备特征，还只是司法意见的一个装饰物？在司法意见与虚构文学作品之间是否存在风格或修辞的可比性？是不是存在"文学的"法官，这样的法官是不是比不具文学性的法官更好？"伟大的"法官更多属于前者还是更多属于后者？

本书前两编讨论的法律和文学之间的关系阐明了一系列法理和法律理论问题，但是，对于越来越多的部分受哲学家和文学学者启发的法律学者来讲，这还不够。他们想把法律从那些视法律为社会科学的经济学家和具有经济学思考方式的法学家手中夺回来，把它变为人文学科。为了做到这一点，他们想对律师进行文学教育，并将法律学术的重点——所有的法律学术，不论其所研究的问题看起来与文学多么的不相关——从分析转为叙事和比喻。一些人想把虚构文学作品带人法律课堂，让人们活生生地看到受蔑视的人、受忽视的人、受压迫的人，并通过培养对这些人的同情来促进沿着平均主义的甚或是革命的方向进行法律改革。本书第三编的主题就是法律与文学运动的这一新动向，其表现之一就是对于传记和自传的兴趣增长了。我对法律与文学运动的这一分支深表怀疑，它有着柏拉图创立的说教的和道德化的文学批评学派——这一分支就是其在法学研究中的延伸——的所有缺点，而且它还有其他缺点。 6

第四编的惟一一章研究法律对于文学的几个规制问题。（一个相关的题目，即对淫秽出版物的规制，在第三编讨论道德化批评的第9章中进行了讨论。）我讨论了用小说进行的诽谤，以及文学理论和学术对于著作权保护的一些影响，特别着重讨论了创造性模仿（这个词只是看起来自相矛盾）和讽刺性模仿。出于文学本身的利

益，我对扩大保护虚构文学作者的现有著作权范围持谨慎态度。

正是在第四编讨论的领域里，也就是在法律规制文学的领域里，法律与文学运动才可能对法律产生最大的影响。但是从长远看，该运动也有可能更多地影响对于正义、解释、司法意见、法律教育和法律学术的思考方式，尽管这种影响一定会更加分散而且只间接影响实践。

很奇怪的是，构成伟大文学作品的那些不断变化的经典作品[5]有一种神秘的能力，它们能够对生活在不同时代，从而也意味着生活在不同文化中的人产生共鸣，而这些人生活的时代和文化与这些作品完成的时代和文化迥然不同。这些作品具有一定程度的普遍性——这就是它们为什么能够通过时间的检验，从而在创造它们的文化以外的文化中生存下来的原因。“诗人，”就像批评家科林斯·布鲁克斯（Cleanth Brooks）所写的一样，而他所写的也同样适用于所有被认为是伟大文学作品的作者，“不断地把他自己时代的人类困境联系于所有时代中人类本性的普遍特征。他对一个情况的看法，不论怎样尖锐和直接，都一直是长远观点的一部分”。[6]如果这是正确的，而且我认为这是正确的，那么这就意味着，对法律与文学运动在几个地方要持谨慎态度。它意味着，相对于理解或者改善实际运作层面的法律，该运动对于阐释法理问题的贡献会更大，意味着它对制定法或宪法的解释不会有什么贡献，也意味着它不会给法律学者、法官和法律职业的其他成员指引道路，解决美国法律今天面临的棘手问题。

我着重说了法律与文学运动的局限，但是读者不应从这一点就

[5] 更确切地说，应该是很多的经典作品组，因为来自于不同文化背景的人对于伟大文学作品的构成有着不同的观念。这个问题在第1章中有讨论。

[6] 转引自 Robert Penn Warren, “A Conversation with Cleanth Brooks,” in *The Possibilities of Order: Cleanth Brooks and His Work* 1, 10 (Lewis P. Simpson ed. 1976).

得出推论说，我对这一运动的总的态度是否定的。我支持它，并且希望看到它繁荣——不见得是按照我想像的那种方式繁荣，但是，我既要考虑到它所采取的一些进路的缺点，也要考虑到本书所采取的进路的长处。我希望它繁荣，但不想它被高估，法律和文学有着重要的共同之处和交叉的地方，但是它们之间的区别也一样重要。法律除了是一组文本以外，也是一种社会控制的体系，而且法律的运作有社会科学阐明，并根据伦理标准进行判断；文学是一门艺术，对之进行解释和评价的最佳方法是美学的方法。在文学领域里是一个形式主义者，而在法律里是一个反形式主义者、一个实用主义者，这中间并没有什么不和谐的地方——而这正是我的立场。我在这本书里的主要目的并不是论战，我的目的是描述这个尚为新生的交叉学术领域，并于其中开掘新的洞识。

▼
▼
▼

第一章

法律在文学中的反映

11

法律作为文学的描写对象是如此普遍，以至于人们倾向于认为，这两个领域之间有着很深的关系，从而使律师有特权接近那些至少是明确关于法律的作品，如果不是全部文学作品的话。但是，我将论证，法律经常作为文学主题的部分原因是统计造成的假象，并且在文学里，即使作者是律师（像卡夫卡）或是法律“爱好者”（像梅尔维尔）时，法律也更经常是作为隐喻，法律本身并不是作者兴趣所在。但这只是概括来讲，并非所有个案都是如此，而且，这一概括的有效性依赖于使用“法律”这个词时的精确含义——还有“文学”这个词。

理论思考

在美学判断中，甚至比其他规范性讨论更甚，并不存在解决分歧的“客观的”程序。在棘手的政治和道德问题上可能通过推理达成一致意见的最有力支持者——他的名字是尤根·哈贝马斯——承认，尽管能够以很高的理性标准来要求美学批评，美学批评却不能产生出一致的评价意见，即使批评家们可以对他们的评价永远地争

论下去。[1]我同意乔治·奥威尔的说法，与塞缪尔·约翰逊和大卫·休谟一脉相承，即只能根据一部作品在文学“市场”上的适者生存能力来判断其是否伟大。[2]（上面的引号是用来表明，我并不是在说销售商品，而是在说名望。）这并不是说不能对文学价值进行富有成果的辩论，而喜欢吃黑莓不喜欢吃紫莓，这样的问题就无法富有成果地辩论。评价性文学批评的大量存在，其中很多都很出色，就证明了这是可行的。我在本书中就会不时提出我自己的美学判断。但是这种辩论只有对非常久远的作品才有终结——这表明，即使是批评家们内心也只接受时间的评判。除了那些极端的批评家以外（我稍后便会讨论他们），没有人再置疑荷马、但丁或莎士比亚的伟大。托尔斯泰对莎士比亚的攻击[3]和 T·S·艾略特对《哈姆莱特》的攻击（“非常确定地是艺术上的失败”）[4]只是特例，不值

12

〔1〕请看 Georgia Warnke 的精彩讨论，见 Georgia Warnke, “Communicative Rationality and Cutural Values,” in *The Cambridge Companion to Habermas* 120、126 – 129 (Stephen K White ed. 1995).

〔2〕“事实上，人们没有任何证据或者论证可以证明莎士比亚或者任何其他作家是‘好的’，也不存在任何方法可以确定地证明——例如——沃里克·迪平（Warwick Deeping）是‘差的’。在根本上，除了生存之外，就不存在文学价值的标准，而生存本身仅仅是多数人意见的表现。” Orwell, “Lear, Tolstoy, and the Fool,” in *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, vol. 4, pp. 287, 290 (Sonia Orwell and Ian Angus eds. 1968). 请看 Samuel Johnson, “Preface to the Plays of William Shakespeare,” in *Samuel Johnson: Selected Poetry and Prose* 299, 300 (Frank Brady and W. K. Wimsatt eds., 1977); David Hume, “Of the Standard of Taste,” in Hume, *Essays: Moral, Political, and Literary* 226, 231 – 233 (Eugene F. Miller ed.1985); Anthony Savile, *The Test of Time: An Essay in Philosophical Aesthetics* (1982).

〔3〕请看 Tolstoy, *Shakespeare and the Drama* (1903)，这部书是上注〔2〕中引用的奥威尔论文的讨论对象。

〔4〕Eliot, “Hamlet and His Problems,” in Eliot, Selected Essays 121, 123 (1950 年新版). 对于这一论断，C·S·刘易斯评论道，“如果这是个失败，那么失败比成功要更好。我们希望见到更多的这样的‘差的戏剧’。” 转引自 Arthur Kirsch, “Between Bardolatry and Bardicide,” *Times Literary Supplement*, April 20, 1990, p.421.

得效法。一些新批评论者贬低弥尔顿和很多浪漫主义和维多利亚时代文学作品的努力曾经一时成功，但最终失败了；他们重新往高里评价玄学派和奥古斯都时代及其以前的诗人的努力成功了。女权主义文学批评家正试图提高一些女性作家的声望，她们中有些人至今还不为人所知，但是现在判断这种努力是否会成功还为时尚早。在文学和艺术来讲总是这样，要区分良莠需要多年时间。

今天许多知识分子都觉得自己生活在垃圾时代，但这可能是因为时间还没有来得及对当代作品去莠存良而造成的假象。毫无疑问，英国文艺复兴比 20 世纪英国产生了更多的优秀作品，但是，这种对比并不像只熟悉莎士比亚、多恩、琼森和其他几个人的少数作品的读者想像得那般鲜明。伊丽莎白时代的人也制造了大量的文学垃圾，其中大多数已经消失（最初的《哈姆莱特》［见下一章］就可以作为一个例子），在物理意义上还留存到今天的作品，只有专家才会去读。下一章所讨论的一些伊丽莎白时代戏剧，例如《西班牙悲剧》（*The Spanish Tragedy*），价值不大，并且与莎士比亚的成熟作品形成了鲜明对比——他的早期作品《泰特斯·安德洛尼克斯》（*Titus Andronicus*）也是如此。可能直到 1765 年塞缪尔·约翰逊出版了他所编辑的莎士比亚戏剧，才确定不疑（这些事情只能确定到一定的程度）莎士比亚是伟大的——他最好的戏剧一定有一些与众不同的特征才能够在写成后近两个世纪仍然如此迷人，尽管在这中间，语言、口味和社会环境都有了改变。只有在今天，在卡夫卡、T·S·艾略特、乔伊斯、普鲁斯特和曼的主要著作已经完成七十多年后，我们才可以稍有一点自信地说，这些人写下了经典之作，尽管同荷马、但丁、弥尔顿和莎士比亚的情况比起来，他们还只能算是临时的。对于一些仅仅在几十年以前还具有经典作家地位的作家，比如安纳图勒·法朗士（Anatole France）、约翰·多斯·帕索斯（John Dos Passos）和安德鲁·纪德（André Gide），现在出现了越来越多的怀疑，他们的作品正开始以某种方式而囿于一时，而与他们同

13

时代的另一些作品却没有。

奥威尔支持时间检验标准，部分是出于偏爱大多数人的判断而不是少数几位专家的意见，部分是因为他怀疑客观判断文学价值的可能性。这是为什么专业文学批评家对时间检验标准都不太热心的两个原因。[5]第三个原因与第一个有关，就是专家们拥有欣赏不出名作家的鉴赏力。奥威尔的怀疑反映了逻辑实证主义者怀疑有没有客观的规范判断，预示了我将在第7章讨论的对于解释的怀疑，并且在经验上受到文学和艺术口味变迁惊人的支持。他的怀疑精神，加上他的民主情怀，使他认为美学争论应该通过多数人投票的形式来解决，时间的重要性是时间能够使投票范围变宽和变得多样化——使时间检验变成对于取样理论的应用。塞缪尔·约翰逊本人在很多领域里是怀疑主义者，对美学判断也持令人惊讶的平均主义态度，[6]他在更早的时候就得出了同样的结论。但是，他的理由是，可用于评价一个艺术作品的视角越长，就有更多的可能进行比较，因为艺术是否伟大的判断正是来源于比较，而这种判断是一种多与寡的判断。“对于新建的第一幢房子来说，可以相当确定地知道它是圆还是方，但它是否宽敞或宏伟就必须交给时间来检验了。”[7]

我们可能会接受约翰逊和奥威尔的观点，并且说，当一部文学作品能够吸引多种多样的观众，而他们熟悉很多可以与这部作品比较的其他作品，那么这部作品就一定“有些东西”。如果这样理解，时间检验表明的就是认识论上的民主，而不仅仅是数人头。（出于

14

〔5〕“把批评想像成裁判者，这无异于把死人再次杀死，或者对着大活人进行人工呼吸……我想问一问，究竟是批评家们建立了但丁、莎士比亚或者米开朗基罗的伟大地位呢，还是相反，是由读者和观众的巨大数量决定的。” Benedetto Croce, *Guide to Aesthetics* 68 (1965[1913]).

〔6〕请看 William K. Wimsatt, Jr. and Cleanth Brooks, *Literary Criticism: A Short History* 325, 327–328, 331–333 (1957).

〔7〕Johnson，上注〔2〕，页300。

同样原因，它是一个标准，而不是一个定义。）能够说明问题的并不是有多少人夸奖一部文学作品，而是其读者群的文化多样性。读者群越为多样，可能的反对和批评的范围就越广，如果作品能克服所有这些而生存下来，那么这就是其价值的强有力证明。

真是这样吗？相信哈贝马斯是一回事，这里追随的是查尔斯·桑德斯·皮尔斯，认为如果你给一群没有切身利益的、不受胁迫的调查者足够的时间，那么他们将会达成一致，完全可以认为这种一致就是“真理”。但是我们已经看到，哈贝马斯自己也不相信能够用这种方法来解决美学的争论。真正的怀疑主义者不会相信多数人投票得出的意见，就像他们不会相信专家的意见一样。奥威尔和约翰逊都没有指明民主的意见能够得出哪怕是接近可信赖之美学判断的必要条件。

用另一种方式来讲这个问题，如果时间检验证明了一部文学作品有点什么东西，那么为什么如此难以确定这个东西是什么？如果在文学声誉市场上生存下来的强者之间没有共同之处，那么这就说明获得声誉的原因与作品的实际好坏无关。这就是他们的观点，特别是一些有极端倾向的文学学者就这么认为。这些学者如今集结在很多不同的旗帜之下，包括新马克思主义、极端女权主义、批判理论以及后结构主义，但是我把他们统统归于“后现代主义者”的标签之下。他们的共同之处在于坚持极端的平等，反对启蒙运动对于理性力量的信心，坚持政治——极端的政治〔8〕——的主导性，并且怀疑由“死去的白种欧洲男性”统治的传统文学经典，时间检验特别眷顾他们，因为在过去的那些世纪里几乎所有的东西都是他们撰写的。最后这一点呼应了法律对于一些行为的关注，这些行为本身

〔8〕 所以 John Beverley 在他的文学批评著作《反对文学》(Against Literature)(1993)里面认为自己有必要在书的前言里告诉读者，他“自 1978 年以来就一直参加中美洲革命运动的实际工作”。同上，页 ix。

并不歧视，但延续了过去的歧视，例如，一个工会实习计划，它对工会成员的孩子给予优先，而这些成员可能是在非白人被排除在工会以外时成为工会会员的。文学经典可能同样具有偏见。

15 时间检验被称作是循环的，因为存留下来的作品塑造着批评意见，并且满足了社会对文化里程碑的需要。[9]但这并不能解释为什么这个作品留存了下来，只能解释为什么当该文本变成一个有影响力的、受到崇拜的"强者"时，它的耐久力可能最终得以自给自足。加里·泰勒(Gary Taylor)试图解决这个问题，他论证说，莎士比亚的声誉是一些幸运事件的产品，例如讲英语的人多(泰勒主张，这本身就是英帝国主义的产物)，莎士比亚写过的戏剧种类多样(这样他的全部作品就成为一个多样性投资组合，从而更能经受住欣赏口味变化的检验)，1642 年至 1660 年之间清教徒关闭戏院(这减少了可能同莎士比亚戏剧竞争的戏剧产量)，在 18 世纪莎士比亚受到一个著名出版商的"提携"，甚至包括色情挑逗，因为在复辟时期允许女人表演，而在莎士比亚时代不准她们表演，并且莎士比亚作品中有一些女主角假扮男性。[10] 泰勒的论点有些夸大、自相矛盾、有偏见、不合情理、有些地方不准确，至多是一种推测。[11] 但是他有一点上是正确的，即文学作品的生存是宽泛意义上的达尔文主义的，达尔文主义的进程会产生适应性，但不一定产生优点；还有，文学声誉——这是生存下来的标志——是给出声誉的人们为了自己的目的才给出的，而不

[9] 请看 David Parker, *Ethics, Theory and the Novel* 21 – 22 (1994)。

[10] Gary Taylor, *Reinventing Shakespeare: A Cultural History, from the Restoration to the Present* (1989)。也请看 Barbara Herrnstein Smith, *Contingencies of Value: Alternative Perspectives for Critical Theory* (1988)。泰勒声称，这使女演员可以穿着紧绷的裤子出场，这种裤子比当时的衣服更能显示女性的体形。Taylor，同上，页 18 – 19。

[11] 请看 Michael Shapiro, *Gender in Play on the Shakespearean Stage: Boy Heroines and Female Pages*, 201, 270 n.4, (1994); Laurence Lerner, "The New Shakespeareans," 44 *Comparative Literature* 194 (1992); Kirsch，上注[4]; Anne Barton, "Inventing Shakespeare," *New York Review of Books*, 1990 年 2 月 1 日，页 15。

是完全因为纯粹的价值而取得的，[12] 所以我们会认为很多作品徒具虚名。但莎士比亚是不是徒具虚名呢？读一读他的戏剧，再读一读他先人的戏剧、他同时代人的戏剧，再读一读他之后的代表性戏剧，并且，如果你有这个能力的话，读一读其他语种的戏剧。在采取了这条——约翰逊的比较的和全景式的——路线的人当中，很少有人怀疑莎士比亚的声誉，他作为索福克勒斯（Sophocles）以来（很可能包括索福克勒斯）最卓越的戏剧家当之无愧。几个世纪以来处于不同文化中的有学识的读者的多数意见不是无言的或者神启的，而是有理性论证支持的，尽管这种论证并不具有终结性，但他们的意见为可信的评价提供了一些基础，尽管这些评价并不是绝无错误的，更不是永恒的。

对于进化出的产品可能存在过多的怀疑，像在生物学领域一样，16 文学中的变异、适应和选择并不能够保证好的结果。但是生物的进化已经产生了复杂得令人眼花缭乱的生物，其中很多在我们看来是美丽的，为什么形成文学经典的更加有意识的竞争过程反倒不如它呢？仅仅是因为偶然的和政治性的因素进入了寻求美和意义的进程中吗？但是，因为证明布丁好不好吃的办法是去吃布丁，所以攻击时间检验的另一种方法就是挑战经典作家的伟大性，比如，泰勒，在很多时候仅仅是间接地，[13] 把莎士比亚的名声归于与作品价值无关的因素，以此来挑战莎士比亚。如果可以证明这些作家并不如他们被吹捧的那样好——如果直到今天他们还能够被推翻——那么时间检验就不可能是美学价值的可靠向导。

这种进攻（我继续用莎士比亚作例子）分两步走。第一步，抛弃评判文学价值的美学标准，因为它具有主观性并具有间接的政治性，

---

〔12〕 Richard A. Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, ch.4(1990)。泰勒在后来的一本书 *Cultural Selection* (1996)里更加详细地阐述了他对文化生存的达尔文主义观点。

〔13〕 他确实表明他认为莎士比亚被高估了很多。Taylor，上注〔10〕，第7章。

而声称文学的惟一价值就是其为平等而斗争所做的贡献。[14] 第二步是，基于对像《暴风雨》中凯列班、《李尔王》中的爱德蒙、《驯悍记》中的凯特、《科利奥兰纳斯》或《尤利乌斯·凯撒》中的罗马暴民的描写，论证莎士比亚是个反革命——是保皇主义者，是种族主义者，是帝国主义者，是厌恶女人者。[15]

第一步是文学批评的教益学派（第9章有更详细的讨论）——让人想起斯大林主义的"社会主义现实主义"——的一个特别不妥协的版本，第二步是基于对这些戏剧的片面阅读。上一代的批评家们把莎士比亚描述为一位颠覆性作家，他规避了伊丽莎白时代的审查制度，质疑自己社会有关基督教、君主制、亨利五世在对法战争中的胜利、同性恋、商业以及女人、黑人和犹太人地位的价值观。[16]奇怪的是，这两种方法读莎士比亚都读得通——可以把他读成颠覆性的，也可以把他读成激进主义的——尽管不是那么令人满意。人们对于莎士比亚的个人生活知之甚少，而对他的私人观点则一无所知，这些戏

17

〔14〕 请看，例如，Beverley 的书，上注〔8〕；Louis A. Montrose, "Professing the Renaissance: The Poetics and Politics of Culture," in *The New Historicism* 15 (H. Aram Veeser ed. 1989)。后现代文学理论家们装做正在从事革命的政治活动，这被斯坦利·费什（Stanley Fish）在他的书 *Professional Correctness: Literary Studies and Political Change* (1995) 中进行了奚落，他是激进文学理论中的 Mirabeau 或 Kerensky。下面是一句具有代表性的妙语："文学理论的语言并不具颠覆性，而是毫不相关；它的声音微不足道，就像从几个星系以外传来的喃喃细语。"同上，页91。

〔15〕 对这些进攻莎士比亚的论证的有力批评，请看 Graham Bradshaw, *Misrepresentations: Shakespeare and the Materialists* (1993); Brian Vickers, *Appropriating Shakespeare: Contemporary Critical Quarrels* (1993)。

〔16〕 那一代之前的一代，就是 E. M. W. Tillyard 的那一代，把莎士比亚描述为中世纪基督教价值观的正统发言人。请看 Tillyard, *The Elizabethan World Picture* (1943)。但是马克思和恩格斯非常钦佩莎士比亚。请看，例如，恩格斯1873年12月10日致马克思的信，in *Collected Works of Karl Marx and Frederick Engels*, Vol.44, p.548 (Galina Kostryukova, Galina Voitenkova, and Natalia Sayenko eds. 1989)："仅仅《风流娘儿们》第一幕中所包含的生命力和现时感就要多于所有的德国文学。"也请看 David McLellan, *Karl Marx: His Life and Thought* 15, 113, 267, 327, 456–457 (1973)。

剧并没有权威性的文本，原始手稿，也就是莎士比亚亲笔写下的文本，都没有存世。出版商所用的副本很可能不准确，并且他们弄出了很多错误，甚至这些戏剧是否存在单一的、确定的文本，都不清楚，因为可能会为不同的演出准备不同的版本。《哈姆莱特》的文本比其他任何一部戏剧都长很多，它可能是一种模板文本，从中可以缩写出用于不同演出的版本，也可能允许演员即兴发挥，这使原始文本具有一种内在的开放特征。由于这些文本存在不确定性，所以无法找到作者的意图，[17]而且，戏剧中不存在叙事人告诉读者们应该怎么想。此外，莎士比亚的戏剧写于一个社会变革和价值观受质疑的时代。所有的戏剧都要经过官方审查人批准，以确认其在政治上和宗教上无害，而且，这种审查制度既暗示着存在反对正统信仰的意见，又会导致表达上的含糊和模棱两可。[18]并且，莎士比亚有"在创作过程中进行内部化的强制性习惯"，[19]这使他的人物具有一种我们在真人中才能遇到的复杂性，这样就很难把大多数人归类为"英雄"或"恶

---

〔17〕 请看 David Bevington, "General Introduction," in *The Complete Works of Shakespeare* lxxxiv – xcii (David Bevington ed.4th ed.1992); Jeffrey A. Masten, "Beaumont and/ or Fletcher: Collaboration and the Interpretation of Renaissance Drama," in *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature* 361 (Martha Woodmansee and Peter Jaszi eds.1994); Jonathan Hope, *The Authorship of Shakespeare's Plays: A Socio – Lingusitic Study* 3 – 5 (1994).

〔18〕 Bradshaw, 上注〔15〕, 页 297 注〔49〕; Janet Clare, *'Art Made Tongue-Tied by Authority': Elizabethan and Jacobean Dramatic Censorship* 214 (1990). 泰勒可以引用这一点作为莎士比亚在声望市场上的好运气的又一个例证。就像 Clare 指出的那样，审查制度鼓励文学表达中的含糊性的一个途径是，它鼓励作者把自己的作品设定在一个文化上和时间上都很遥远的背景中，比如古罗马、史前英格兰(《李尔王》)、意大利、维也纳、或者中世纪(所以是天主教的)丹麦。异国的地点使作者能够行使批判的自由，而如果他写自己社会中的当代的事件和制度就不会有这种自由，同时，这减少了作品的时事性，所以增加了作品的普遍性。这与文艺复兴时期和维多利亚时期的艺术家们的做法有平行之处，他们"使用距离来抵挡审查人——也就是，他们使用神话的、传说的或者异国的人物和地点来掩盖任何暗示该艺术家正在描述自己社会中的色情行为". Richard A. Posner, *Sex and Reason* 361 (1992).

〔19〕 Bradshaw, 上注〔15〕, 页 132。

棍”。出于所有这些原因，就不可能确定莎士比亚在大多数问题上的“立场”。

这些讨论表明，试图给莎士比亚贴上意识形态标签的做法很傻，18 但这也对时间检验提出了另一个反对意见：含糊的文学作品可能更容易通过时间检验，尽管它们可能并不比不含糊的作品更好。含糊的文学作品给读者提出了一种独立于作品质量的挑战，并且它们更能适应政治和意识形态的变化。《威尼斯商人》既在犹太人的剧院里演出过（有一次是夏洛克讲德语，而基督教人物则讲犹太语！），也在纳粹的剧院里演出过。[20]但是文学有一种与含糊性相似却与之不同的性质，这就是普遍性。我在前面提到过寻求所有伟大文学作品之共性的努力已经失败了。如果我们所要寻找的是一些具体的结构、主题或者语言质地，拿它们当作文学作品是否伟大的试金石，那么上面讲的就是正确的。但如果我们要寻找的是一种特征，它能够使一部作品通过时间检验并被接收进入经典作品行列，那么一个可能的选择就是它对新的和不同的文化背景的适应性，这种适应性有时是含糊的产物，但在更常见的情况下，它是作者以一种特别突出的方式成功地将人类状态的某些具有普遍性的、科学至今未能驯服的方面予以戏剧化，比如爱、对死亡的恐惧、感情成熟的过程以及对社会不适应。与更具时事性的作品相比，这种戏剧化更少具有固定于某一“时间”的可能，而更多具有“移转”的可能。

不应把普遍性混同为抽象性。绝大多数伟大文学作品都具有很强的质地感、很丰富的细节，甚至有（这是时间检验决定的）一种来自异域的感觉。例如，荷马的世界就是以极大的细节呈现在读者眼前

---

〔20〕 John Gross, *Shylock: A Legend and Its Legacy* 241, 276–282, 319–322 (1992). 有关一个类似的例子——《安提格涅》既由占领法国的纳粹表演，又由法国抵抗力量表演——请看 Theodore Ziolkowski, *The Mirror of Justice: Literary Reflections of Legal Crisis* 145–146 (1997).

的，它断然不是我们的世界。特别是古代的作品，常常会吸引人类学或历史学的研究兴趣。但是这与文学的兴趣不同。伟大作家使我们觉得他的小说世界很熟悉，这就是他的普遍性。

对于时间检验的其他批评也不能忽略。[21]第一个批评是，时间检验给当代美学标准以特权——只有被当代标准认为是伟大的作品才能生存到今天。第二个批评是，文学声望的无常变化使时间检验变得不确定：如果一个作家的声望按照时间画成的曲线既有浪谷又有波峰，那么，现在的波峰又有什么意义呢？明年可能又会遇到浪谷，如果那时候用时间检验来检验这个作家，他就通不过了。第三个批评是，时间检验偏爱那些用广泛使用的语言写成的作品和容易翻译的作品，所以它偏爱戏剧，而不利于诗歌。这意味着在不同文化、不同时代里使用时间检验将产生不同的结果——也就是产生不同的文学经典作品组。所以，当我说文学经典作品的时候，它基本上是英国和美国所理解的经典，其次是欧洲所理解的经典，而不是印度或者中国所理解的经典。第四——但这与其说是反对意见不如说是个限制——时间检验并不能告诉我们应该读什么，因为一部生命短暂的作品，例如政治讽刺，可能因为我们现在的兴趣而比一部经典著作更重要，但这只是说我们的阅读兴趣，甚至是我们阅读小说的兴趣，超出了文学的范围。

我不认为对时间检验的这些反对意见让我们无能为力——它们只表明时间检验是一个不完美的检验，但是不存在更好的检验。就我们现在的目的而言，我所需要证明的只是，时间检验是就伟大性而进行的操作性检验，因为，如果是这样的话，就可以明白为什么法律是文学中常见的主题。如果文学作品想在远离其产生的地点和时间生存，那么它就必须有关于人类状态的一些永久（也同样是“普遍”）

19

[21] 前两个请看 Anita Silvers, “The Story of Art Is the Test of Time,” 49 *Journal of Aesthetics and Art Criticism* 211, 213 – 214 (1991).

特征，这一事实，不论其在规范层面的重要性如何，都很残酷，这就是塞缪尔·约翰逊对莎士比亚的伟大性所作出的解释。[22] 这遥相呼应了亚里士多德在《诗学》里对历史（与细节、与实际发生的事情有关）与诗歌（与可能性、与人类状态的普遍特征有关）所作的区分。与爱、成熟、事故、探险、宗教、友谊、异化、死亡、战争和艺术本身一样，法律也是人类经历中的一个永久的特征。自西方社会第一次出现单独的法律机构以来，具体的规则和程序已经发生了很大的变化，但是法律的大特征没有发生很大变化。伊丽莎白时代的英国法律体系，甚至是伯里克利统治时期的雅典法律体系，对现代人来讲都很容易理解。卡夫卡的《审判》中反映的奥匈帝国的程序，或者《罪与罚》和《卡拉马佐夫兄弟》中反映的19世纪俄国的刑事程序，与现代欧洲甚至美国的刑事程序之间的区别，尽管对律师讲很重要，但对大多数外行人来讲却区别不大。

20 所以，在两部其他方面都相似、其时间远离我们时代的文学作品中，一部关于法律，而另一部关于殡葬仪式或者关于工具制造，那么在20世纪更有可能仍然阅读的是第一部。但是，我们必须对“关于”很小心。文学作品可能含有已经消失的社会习惯的很多细节，但却不是“关于”这些习惯的，或者不仅仅是关于这些习惯的。荷马史诗就考察了有关英雄行为的准则，并且有大量的关于迈锡尼文化的信息细节，尽管很多信息细节是歪曲的。但如果荷马史诗只是对已经消失的习惯的一个描述，那么这些史诗今天就会就像冰岛的英雄传奇那样，仅仅被当作历史学或社会学的文件来阅读。《大白鲨》也会是这样，如果它仅仅是关于猎鲸业和关于达尔文主义以前对鲸鱼自然史的理解。

约翰·埃利斯（John Ellis）论证了一个相关的论点，即“什么是文

---

〔22〕 Johnson，上注〔2〕，页301。

学?"这个问题是一个引人误解的问题。[23]连环漫画、林肯连任总统的就职演说、佩皮斯的日记、*吉布的《罗马帝国兴衰史》、荷马史诗、圣经、奥威尔的新闻报道或者"男男女女"(Guys and Dolls)**是不是文学?对于这个问题,并不存在令人满意的分析或定义程序能够作出判断。文学是我们给这样一些文本的一个标签,不论这些文本的特征或起源怎样,它们都对作者未意图的读者具有意义。林肯作了一个政治演说,我们可能对该演说的政治环境和目的没有兴趣——我们仅仅是偷听而已——但是我们因为它的意象和节奏而重视它。《格利佛游记》是作为对18世纪英国政治的讽刺而写成的,今天我们阅读它的时候却不管它的讽刺目的。《爱丽丝漫游奇境》是为孩子们写的,今天有很多成年人也读它。"作为文学作品的圣经",像这样的大学课程名称就说明了一切。圣经的作者们没有想到自己是为将来的"文学"读者而写作。甚至莎士比亚也可能没有这样想过,至少他在写戏剧时是这样,因为他没有试图为出版的目的而修改它们,也没有试图出版它们。[24]他可能认为自己的戏剧都是平庸之作,只是一种赚钱的方式而已。

不能单看埃利斯的文学定义的字面含义。如果我把巴比伦时代　21

---

〔23〕 Ellis, *The Theory of Literary Criticism: A Logical Analysis*, ch.2(1974).

* 佩皮斯的日记中包括了对伦敦大火(1665年)和大瘟疫(1666年)的详细描述。——译者

** "男男女女"是一部美国百老汇音乐剧。——译者

〔24〕 见Bevington,上注[17],页lxxxv; S. Schoenbaum, *William Shakespeare: A Compact Documentary Life* 159, 188, 220 (1977).莎士比亚在去世前几年回到了斯特拉特福,死的时候非常富有,本可能采取措施来保存或者出版自己的戏剧,但是,就像我在第11章中讨论的,缺乏安全的版权保护,这可能是一个原因。莎士比亚的十四行诗发表于他的有生之年,其中含有希望自己的文字不朽的表达——尽管这种表达可能是一种反讽。请看第7章结尾处对他的第65号十四行诗的讨论。本·琼森(Ben Jonson)非常钦佩莎士比亚,他在莎士比亚去世的那一年出版了自己的戏剧,莎士比亚戏剧的第一版在七年以后出版。莎士比亚死的时候很年轻(52岁),如果他再多活几年,他可能会亲自安排出版自己的戏剧。

的宗教文本用作研究巴比伦历史的资料，我并没有把它用于文学的用途。（我将在下一章里把《尼嘉传奇》（*Njal's Saga*）用于非文学的用途。）亚里士多德并没有为20世纪的美国人写作，我们也阅读他的作品，但不是作为文学作品。但是，埃利斯在下面的方面是正确的，他把我们的注意力从文本的内在特征转移到文本的使用上，并且强调，一个文本成为文学的必要条件是，它应该在不同于创作它的环境里被阅读。这就是我称之为"普遍性"的东西，并且，当我们开始思考"法律"小说或戏剧的时候，它让我们区分实际的法律问题和更广泛的法治、治理和正义的问题，律师是解决实际法律问题的专家，而更广泛的法治、治理和正义问题则更适合于进行道德的、政治的——和文学的——审视，而不适合技术性法律分析。每一个社会都有按照被认为具有权威性的、在某种意义上讲具有官方性质的规则或习惯来解决严重争议的机制。每一个这样的机制都会遇到正式规则与规则适用之间是否"相符"的问题。这些问题包括：难于确定构成适用一个规则之前提的事实，以及规则倾向于对一个连续问题进行二分切割：把一个人归类为残疾人或非残疾人，识字的或不识字的，区分商业礼物和个人礼物，区分"言语"和"行为"——用一句话来说，就是在没有界限的地方划出清楚的界限。[25] 相关的问题包括，规则的刚性，这造成对"衡平"原则（见第3章）的无法抗拒的需要，以减少纯粹的"法律"规则的僵化；还有官员的自由裁量问题，当规则无法变通而又必须改变时（谁应有权改变它们，又应基于什么理由进行改变？），或者当一个规则无法或者在不应适用的案件中得到执行时，就会产生这个问题。联系非常紧密的一个问题就是规则背后的伦理或政治原则与这个规则本身之间的差异，规则本身出于可操作的目的可能比原则粗糙得多。所以，在一个法律体系里，从争议应有终止这

---

[25] 在普通法里面，夜盗罪是在夜里闯进房子里，意图在房子里进行盗窃或者其他犯罪活动。一天里什么时候开始算是夜里呢？

个原则可能引申出以下规则，即某种具体类型的诉求除非在两年内起诉否则即告永远消灭，而不管这个诉求是多么的有价值，也不管如果允许提起一个迟延起诉的具体案件（可能只迟一天）对于该原则的损害是多么的微不足道。

法律的精神与文字之间、总的目标与具体适用之间经常出现割裂，这是为什么外行人常常觉得法律很武断的一个原因。而且，法律表面上有武断和无可否认的强制性特征，司法中有无法避免的事实和法律错误及其引起的不正义，加上法律的“他性”（像语言、国家和市场经济一样，法律是一种常常被认为是在人本身之外的人类制度，就像自然现象一样），这一切使法律能够极好地象征我们在某些情绪中感受到的任意、强制和“不公平”的人类状态——即“生活”。

22

并且，文学的属性就是戏剧性，所以冲突必不可少。作为管理冲突的一种体系，法律提供了一系列丰富的象征素材供作家们使用。在审判中——特别是在英美式的审判中，英美式的审判比大陆式的审判更具对抗性和戏剧性[26]——它也提供了唾手可得的戏剧化技术。不论在历史上，是审判模仿剧院并为诉讼者和社会（旁听者）提供了剧院所提供的那种宣泄，或是相反，亦或是审判和戏剧二者都来自于宗教仪式，都很少有社会实践可以这么容易地转入文学的环境，

〔26〕 附带说一句，古代希腊的审判更像英美式的审判，而不像欧陆式的审判（它根植于罗马），本质上与其说是官方的调查，不如说是一场私人的较量、一场斗争、一个戏剧。

并且这样适合于在文学中把冲突描写为审判。[27]文学中的审判和剧中剧（比如在《哈姆莱特》里）之间有很多的平行之处，两者都是在文学作品中创造观众——在审判里观众是法庭和旁听者，在剧中剧里是戏迷——并让文学作品之中的观众与看文学作品的观众产生冲突的手法。

这并不是说当把法律改作文学素材时必须保留法律自己的特征。在韦伯斯特的戏剧《白魔》中，维特多利亚（Vittoria）因通奸受审，起初控诉律师咕哝着无法理解的法律术语。主持审判的枢机主教很快把他嘘下了舞台，然后自己扮演了检察官的角色，此后在这个审判里就再也没有法律术语了。这类似于玛丽·麦卡锡（Mary McCarthy）、伯纳德·马拉默德（Bernard Malamud）、C·P·斯诺（C. P. Snow）、大卫·洛奇（David Lodge）这些作家的"学院派"小说，尽管这些作家对学院生活有亲身体验，但他们的小说却很少能让人们感到学者做的事与其他人做的事有什么不同。其焦点——这可以理解，因为小说作者是想影响基本是由非学者组成的受众——是私人恩怨、性格弱点、滑稽困境、性的历险以及学者与其他人共有的行为和性格的其他方面，而不是区分二者的那些事情。

23 而且，尽管法律审判可能有戏剧结构，并且一些著名的审判可能有类似于亚里士多德归于悲剧的那种宣泄功能，但法律的基本精神并不是戏剧性。法律的目的是调停，经常是减弱冲突，即使有加重冲

[27] 审判和戏剧在事实中的融合是在一出中世纪的"圣经戏剧里面，其中扮演Hollophernes这个角色的罪犯被真的在舞台上斩首"。Jody Enders, *Rhetoric and the Origins of Medieval Drama* 103 (1992). 关于审判的剧场特征和戏剧的审判特征，请看 Milner S. Ball, "The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts under the Rubric of Theater," 28 *Stanford Law Review* 81 (1975); Kathy Eden, *Poetic and Legal Fiction in the Aristotelian Tradition* (1986); 也请看我在第10章中对约翰·布朗的审判的谈论，还有在 S. C. Todd, *The Shape of Athenian Law* 9 (1993) 中对古代雅典的诉讼和戏剧的类质同像性的讨论。把法官想成是由律师上演的戏剧的更加见识广博、更加超然的观众，这种做法甚至可能有助于理解司法行为。Richard A. Posner, *Overcoming Law* 126–130 (1995).

突的话也很少。大多数制定法都代表了妥协,而且多数法律冲突都是在法庭外和解的,法官在他们的判决里努力减少而不是增加社会的压力。戏剧和审判之间的相似性可能是表面的,这使前者对后者的任何借用都更可能是象征性的借用。

有关复仇的伟大作品很可能要多于有关“正式”法律的伟大作品。复仇具有可以为文学(在亚里士多德所使用的意义上)模仿的形式。法律是规则和制度的复杂体系,作家可以借用,但不容易模仿。

从吐温到格雷斯汗的美国法律小说

对这些理论观点的阐释和限定将断续地贯穿本书,始于本章对于几部小说的讨论,这几部小说有美国的和法国的、老的和新的、大众的和经典的,但都明显是关于法律的。我的目的是想让大家感觉一下我们可以称之为“以法律为对象的虚构文学作品”的文学流派。我的样本当然很小,而且不包括奥钦科劳斯(Auchincloss)、德莱塞、福克纳、梅尔维尔、沃克(Wouk)和莱特(Wright)的一些有趣的著作,这里只列举了美国的作家,尽管我在第5章里讨论了梅尔维尔的《比利·巴德》,在第9章里讨论了莱特的《土生子》。

詹姆斯·古尔德·科曾斯(James Gould Cozzens)的小说《公正的和不公正的》(*The Just and the Unjust*)(1942年)是如此地渗透着并且是如此精确地“关于”法律,乃至人们可能认为作者是一个经验丰富的律师。实际上,他没有受过法律训练,而且这部书在任何有趣的意义上都不是关于法律的。小说的故事发生于一个并不重要的郊区小城镇。三个令人讨厌的流氓——霍威尔、巴索和贝雷——绑架了毒贩子佐力克福。收到赎金以后,贝雷觉得活着放走佐力克福不够安全,就开枪打死了他。霍威尔和巴索帮助贝雷在佐力克福的尸体上缠上了脚镣,把他沉到了一条河里。贝雷后来在被警察追捕的时候

死了。尽管霍威尔和巴索并不否认他们积极参与了绑架，但是一直没有查清楚他们有没有同意、事先知道或参与了谋杀。他们被该县的地区助理检察官阿伯纳·科尔茨提起公诉，他年轻有为，但有些自命不凡。在要求陪审团给出一级谋杀的判决（这意味着电椅）的过程中，科尔茨向陪审团强调说，被告有没有实际参与谋杀这一点与本案无关。只要他们参加了绑架，而且他们毫无疑问是参加了，那么他们就应该被判一级谋杀，因为佐力克福是在他们参与的一项重罪过程中被谋杀的。让科尔茨和法官（他后来谴责了陪审团）反胃的是，陪审团只判霍威尔和巴索二级谋杀罪。作者通过小说中的一个怪老头之口让我们了解到，陪审团行使了它的特权，废弃了它认为不公正的法律，即重罪—谋杀规则，在法律上，这是一种拟制，即把不是谋杀犯的重罪犯当作谋杀犯来惩罚。

24 在审判一步步走向它令人惊讶的结局的同时——因为，对于陪审团可能不会给出一级谋杀的裁决这一点，读者预先没有任何线索——科尔茨正订婚，并且同意竞选地区检察官（现任地区检察官要换工作）。大家都知道科尔茨不会输掉这次选举，他是共和党人，而共和党人在这个县总是获胜。但是要同意参加竞选，科尔茨必须克服自己对当地共和党主席的厌恶，科尔茨怕他干涉地区检察官办公室的事务，尽管事实上该主席非常耿直。小说的悬念没有集中于看起来结果在意料之中的审判，而是集中于科尔茨能否克服自己自负的顾虑，与绝对迷人、青梅竹马的恋人结婚，并接受地区检察官即将离任带来的巨大的职位晋升机会。

从上面的简单介绍里可以清楚地看出，《公正的和不公正的》与审判策略、法律职业、重罪－谋杀规则或者陪审团不顾法律宣告无罪的权力并不真正有关，所以当批评家们指责科曾斯是个“好战的条文

主义保守派"的时候，[28]他们没有批评到点子上。这是一部成人仪式小说，一部 *Bildungsroman* 。* 主人公在小说开始的时候是一个谨小慎微的孩子，结束时却成了一位男人，承担了家庭的责任，知道了(法律的、职位晋升的)纯粹形式和肮脏现实(法律可能与外行人的正义感分野，政治影响晋升)之间的区别，也知道了——与共和党主席，以及最重要的与他的情人，在小说开始时科尔茨对她的感情特别不敏感——进行妥协、减少要求、调低理想、去除绝对、移情感受的必要性。该作品并不具有《哈姆莱特》或《伊利亚特》的那种共鸣，但是可以看出，它是属于同一个宽泛的作品类别，在这类作品中(我们将在下一章看到)年轻人的理想主义在一系列危机中被现实主义扑灭了。

法律在这一切中仅仅是一个细节而已，与科曾斯的另一部更好 25 的小说《仪仗队》(*Guard of Honor*)进行对比，这一点会看得更加清楚。《仪仗队》可能是美国关于二战的最好的小说。它的背景是佛罗里达，描述了一位年轻少将管理一个空军基地的一小段时间。他急于被派到海外进行更多的战斗(他曾经在北非战役中做过主要指挥人员)。但是，我们很快理解到，尽管他在基地指挥中处理的是没有军事意义的内部危机(种族关系、训练事故)，但却是为他被提名指挥一个主要战役进行的重要准备——颇具讽刺意味的是，这就是指挥为占领日本进行的空中掩护，当然，这并没有发生。这也是一部成人仪式小说，它有军事专业的背景，但这种背景也仅仅是附带。主人公在开始履行高级行政职责时还不够老练，但是像科尔茨一样，通过小说里日常生活的挑战，他成熟起来了。

如果上面两部小说中都是关于主人公面对专业挑战(如果一部

---

[28] John P. McWilliams, Jr., "Innocent Criminal or Criminal Innocence: The Trial in American Fiction," in Carl S. Smith, John P. McWilliams, Jr., and Maxwell Bloomfield, *Law and American Literature: A Collection of Essays* 45, 114 (1983).

* 德语，指教育小说，是源于德国文学中一种传统的小说类型，以描述主人公成长过程为主题。——译者

小说是律师们改正自己的法律错误，另一部是将军们改正自己的军事错误），那么，它们即使对专业人士也不会有多大的吸引力。既没受过法律训练也没有受过军事训练的小说家不大可能在实践层面上发表什么重要见解

接近19世纪末，马克·吐温写成了《傻瓜威尔逊》（*Pudd'nhead Wilson*），故事发生于道森登陆处，这是密西西比河上的一个假想的密苏里小镇。与小说名字相同的主人公是位年轻人，他于1830年搬到了小镇上，希望在那里做执业律师，但他的希望被自己开的一个玩笑毁掉了——只狗的叫声让人讨厌，威尔逊说自己想买下这只狗的一半，然后把自己的一半杀死，小镇上的人（特别容易上当的乡下人）把威尔逊的话当真了，送给他一个外号叫"傻瓜"，并拒绝给他任何法律业务。他把自己的时间用于做调查和会计，业余时间则研究指纹（在1830年这还是件新鲜事）。

大约在威尔逊到达道森登陆处的同时，罗克珊娜（Roxana），该镇一位著名市民家里的奴隶，生了一个儿子。罗克珊娜有15/16的白人血统和1/16的黑人血统，而孩子的父亲（另一位著名的市民）是纯种白人，所以她的儿子，她取名叫钱伯斯（Chambers），只有1/32的黑人血统。罗克珊娜的主人的妻子与罗克珊娜同时生了一个儿子，取名叫汤姆，但是主人的妻子在一个星期之后去世了，所以罗克珊娜必须同时负责照料两个孩子。由于害怕自己的孩子有一天会被"卖到下游去"（也就是卖给棉花种植园园主，他们对待奴隶比密苏里州的奴隶主要差得多），所以罗克珊娜调换了孩子，粗心的主人没有注意到。罗克珊娜把自己的孩子钱伯斯当作白人"汤姆"抚养，而把真正的汤姆当作黑人"钱伯斯"抚养。长大后黑人"钱伯斯"温和而高贵，白人"汤姆"却是个恶魔。他主要的恶习是赌博，这导致他盗窃——甚至比这还要可怕。这时，罗克珊娜的主人去世了，留下了很多债务，"汤姆"被他（假定的）叔叔收养了，叔叔很富有。罗克珊娜的主

26

人在自己的遗嘱里解放了罗克珊娜，但"汤姆"却把她卖到河的下游，这（考虑到母亲起初调换孩子的原因）是一个可怕的、无意识的讽刺。当他偷窃未成而用偷来的刀子杀死了叔叔的时候，"汤姆"的犯罪生涯达到了顶点。

同时，小镇里搬来了——竟然是——一对意大利双胞胎伯爵。他们同"汤姆"的叔叔之间有宿怨，不走运的是，当叔叔被谋杀的时候他们恰巧经过叔叔的房子，他们听到了喊叫，冲了进去，邻居们赶到时他们还在那里。"汤姆"逃跑时扔下的凶杀工具是从双胞胎中的一位那里偷来的。他们被怀疑是凶犯，受到审判，威尔逊为他们进行辩护——这是他的第一个重要案件。在他进行在我们看来毫无希望的辩护的前夜，"汤姆"拜访了他，碰巧把自己的拇指指纹留在了威尔逊收集指纹的一片玻璃片上面，威尔逊立即认出这个指纹与他在"汤姆"七个月时提取的"汤姆"的指纹相同。通过对比在汤姆和钱伯斯几个星期大时的一组指纹，威尔逊发现孩子被掉了包，因为在这组指纹中，钱伯斯的指纹与"汤姆"一样，而汤姆，也就是真正的汤姆，的指纹同"钱伯斯"一样。

第二天，在法庭上，威尔逊出示了放大的指纹。双胞胎被立即释放，而"汤姆"（当时他在听众席上）被捕了，被判谋杀罪、终身监禁。但是叔叔的债权人们（叔叔死的时候也很穷）坚持说他是他们的财产，应该被卖掉，于是他被卖到河的下游。"钱伯斯"恢复了白人的身份，但是，因为他的口音、步态和礼貌都像奴隶一样，无法改变了，所以他不能快乐地适应自己的新身份。罗克珊娜重新获得了自由，并且当"汤姆"被揭露是奴隶和谋杀犯时，罗克珊娜就在法庭里，她极度悲伤。

尽管比《公正的和不公正的》成书早半个世纪，但是马克·吐温的 27
小说却看起来更为现代，这是因为它的讽刺、超现实主义和文本开放性；它具有科曾斯的小说所缺少的共鸣（也许是作者修改粗心的偶然

结果![29])和魔力。南方的一个落后小镇里不但出现了两个意大利伯爵,而且出现了威尔逊这个人,这完全不合时宜;小镇上的居民滑稽可笑;把白人当成黑人奴隶对待(开始是罗克珊娜和钱伯斯,后来是汤姆),好像这是世界上最正常不过的事情一样(小说里没有任何一个人认为把外表看来完全是白人的人当作黑人对待很奇怪),这阴险而荒谬。但是,书中并没有明确批评奴隶制或种族主义,而且,也许作者是有意让读者同意罗克珊娜的观点,即假汤姆的 1/32 黑人血统是他缺德行为的根源。但也有可能是,她溺爱的"白人"教育才是根源,而且,环境让白人"钱伯斯"比"汤姆"更像黑人这个事实可能是作者对偏执的一个讽刺性评论。[30]罗克珊娜是小说中给人印象最深的人物,而那些白人,除了威尔逊之外,都是乡下人或怪人。但是我怀疑这究竟是不是一部主要关于奴隶制或种族主义的书,就更不用说是不是一部主要有关法律的书了;它更可能是关于先天与后天(或者遗传与环境)的争论——这在 19 世纪末很盛行;关于人们多么倾向于以貌取人;关于威尔逊身上体现的科学和理性战胜了乡下人的无知和自满。

罗宾·韦斯特认为这部小说暗含了对法条主义的批评。[31]威尔逊不但证明了意大利人是无辜的(因为凶器上的指纹是"汤姆"的),而且证明了凶手是个奴隶。韦斯特论证说,通过对"汤姆"的曝光,威尔逊超出了为拯救自己的客户必须做的事情的范围,并且,他这样做的原因是,像大多数律师一样,他毫不批判地接受了法律制度,而这

---

[29] 关于这一点,请看 Hershel Parker, *Flawed Texts and Verbal Icons: Literary Authority in American Fiction* 139 – 143 (1984).

[30] 关于从《傻瓜威尔逊》中抽出吐温的种族观的困难性,请看 Brook Thomas, *American Literary Realism and the Failed Promise of Contract* 199 – 208 (1997).

[31] West, "Adjudication Is Not Interpretation: Some Reservations about the Law – as – Literature Movement," 54 *Tennessee Law Review* 203, 219 – 244 (1987) (在她的书 *Narrative, Authority, and Law* [1993]中作为第 3 章重印).

个法律制度碰巧把一些人分类为奴隶。但是，考虑到“汤姆”对自己母亲所做的事情，他被卖到下游是诗性的正义；这种惩罚比他自己预料的惩罚也要轻些，而且“汤姆”被曝光也更好，因为这样“钱伯斯”可以得到解放、免于一辈子当奴隶，而如果调换婴儿的事情与“汤姆”一同被埋葬，那么“钱伯斯”肯定会当一辈子奴隶。而且，为了帮助自己的当事人赢得案件，威尔逊必须不仅能找到有矛盾的指纹，而且必须找到真正的凶手；而“汤姆”如果是篡夺了真汤姆的位置的奴隶，而不是被认为是被害人的侄子，那么他就更可能是凶手。但是，从这里面很难找到什么东西可以作为批评威尔逊或他的职业的根据。不管怎样，这部小说都没有强调威尔逊的法律技巧或他对律师文化的适应；他在意大利人审判中的成功要归功于他对科学的爱好，他是作为车库修补工的美国人，而不是作为律师的美国人。作者可能是想要读者用不以为然的态度看威尔逊，因为他被道森登陆处的乡下佬社会（最终）同化得这么完全，以至于他已经把值得怀疑的骑士精神、奴隶制和种族主义内化为自己的价值观。但是，没有任何线索表明作者想让我们推断出他的法律教育和很少使用的法律技巧应对此负责任。

28 《公正的和不公正的》和《傻瓜威尔逊》已分别写成半个世纪和一个世纪了，现在我要看一看一些当代的美国法律小说，从汤姆·沃尔夫(Tom Wolfe)的讽刺小说《虚荣的篝火》(1987)开始。小说描述了主人公谢尔曼·麦科伊(Sherman McCoy)陷入了粗鄙的、黑暗的、肮脏的运作，按照沃尔夫的观点，它就是今天的布朗克斯(Bronx)的刑事司法体系。麦科伊在肯尼迪机场开着自己的跑车接到了自己的情妇玛丽亚·罗斯金(Maria Ruskin)，回曼哈顿途中，他在南布朗克斯迷路了。几个少年——其中一个是毒品贩子（“常青大街的毒品王”）——往车前面抛了一个轮胎，当麦科伊出来移走轮胎的时候，他们以一种威胁的方式接近了他，他们扭打了一阵。玛丽亚开始驾车，麦科伊跳

回车里，车子加速开走，这时撞上了毒品王的一个同伴，玛丽亚没有停车，她和麦科伊也都没有把这件事情报告给警察。最后，麦科伊遭到调查、盘问和逮捕，并被指控犯有车辆肇事杀人罪。在自封的黑人领袖、作出自动反应的自由派和激进派（比如"同性恋反对种族歧视第一打击力量"）以及贩卖丑闻的媒体的煽动下，检察官们向轻信的公众把这个杀人案受害者描绘成一个出色的学生，而实际上他并不是。对麦科伊的第一个有罪判决遭到了撤销，因为有人向大陪审团做了伪证，在此之后，他又受到了第二次审判。书的尾声里简要描述了他的审判，结果是陪审团对于判决无法达成一致意见，从而未能作出裁定，小说结束时，他正准备接受重新审判。

因为《虚荣的篝火》出版的时间并不长，所以它不可能已经通过了时间检验。这个检验把现代的文学作品排除在外，不论它是属于"大众"文化（莎士比亚戏剧最开始时就是如此）还是瞄准了文化精英。但是，今天的大众文化里充斥着法律，而且没有什么原因令它们描写的法律不如文学经典描写的法律更具有启发性，但是它的启发性也不大可能强很多。经典作品作者则在很长时间里得到很大的读者群；畅销书作者则在短时间里得到很大的读者群；在两种情况里，对社会制度、即使是像法律这么有趣的社会制度的运作表现出神秘的或者技术性的兴趣，都会减少作品的吸引力，减少它成为畅销书或经典著作的可能性。但是，这两种作品之间存在着一个重要的区别。畅销书中描述的法律制度总是当代的法律制度，这意味着关于法律的通俗文学可能会影响大众对法律的理解。它不仅仅是镜子，它还是老师，而我们可以问一问它是不是一位好老师，或它反映的镜像是过于盲目乐观还是过于愤世嫉俗。流行的电视连续剧《洛杉矶律师事务所》（*L.A. Law*）让法律工作看起来比实际上更令人兴奋。通俗小说对法律的主导态度是濒临愤世嫉俗的现实主义。

29 《虚荣的篝火》很注意刑事程序及其执法人员。拉里·克雷默（Larry Kramer），即对麦科伊提起公诉的助理地区检察官，是这部小说

的主要配角人物之一，其他人还有该案法官科维斯基(Kovitsky)。小说的次要人物还包括想出风头的地区检察官本人、其他律师、其他被告人、法庭官员和一名陪审员，即"褐色唇膏女孩"。克雷默以一种滑稽的笨拙来追求这个女孩，最终，当他试图租下租金受控的"爱巢"与之幽会时，这变成了一个丑闻，而麦科伊和玛丽亚·罗斯金也曾在这里幽会过。除了直接有关麦科伊的程序之外，沃尔夫还为我们描述了一长段控辩交易的插曲和一个杀人案审判的一部分。

沃尔夫的小说说明了几个应让作为专业人士的律师以及一般大众感兴趣的观点。这些包括：为了政治目的而误用法律程序的危险；提起公诉(对麦科伊)所产生的极端化作用(就像一个谚语所说的，如果说保守派是遭抢劫的自由派，那么自由派就是被捕的保守派)；公开逮捕会造成深刻的、改变生活的耻辱感，这使刑事程序的实际结果几乎变成了一个附带问题；[32] 种族仇恨对于法治的影响；在极为不同的社会阶层之间取得正义的难度；甚至通过诉讼方法重构历史的难度。沃尔夫对当代美国法律体系的有些描写有接近预言性洞见的东西——就是我们倾向于归于卡夫卡的那种东西——尽管这只是短期的预言。今天，美国的法律正义舞台上演出的常常是种族、金钱、风头和暴力的奇异交叉，这种交叉在《虚荣的篝火》中得到了完美的描述，尽管当这部书撰写时这种交叉还没有进入人们的视野。

法律的主题很适合沃尔夫的明显意图，即把纽约市内不稳定共存的不同社会阶层和种族群体都串在一起。这部书彻底利用了纽约最引人注意的特征——极端荒唐的富裕和极端荒唐的贫穷的并列，

---

[32] 美国刑事司法体系对受到犯罪指控但尚未被审判的人的虐待是一个国际性丑闻。被指控白领犯罪的人被以最为公开和最让人羞愧的方式逮捕，并被戴上手铐带到监狱进行登记，但是然后就被取保释放。被指控暴力犯罪的人通常(但不总是)来自于公开逮捕并不是耻辱的显著标志的社会阶层，但是他们却不能取保释放；他们被扔到大牢里，在等待审判的过程中受罪，有时会被关几个月，条件常常特别可怕。很奇怪，在《审判》第1章里对约瑟夫·K的逮捕比在即将进入21世纪的自由国土上进行的逮捕更加文明。

前者体现于麦科伊和他的派克大街——华尔街一族，后者体现于布朗克斯县刑事法庭，它劣质、拥挤的设施，它的黑人和西班牙裔罪犯，还有它饱受折磨、工资过低、在中产阶级边缘线上挣扎的工作人员。穿梭往返于这两个极端之间的是各色工作狂、千方百计要爬进上流社会的人、马屁精、食客和骗子，他们努力在富裕中分一杯羹，努力避免陷入贫困。纽约有一种惊人的品质，它为视角敏锐、口齿伶俐的社会讽刺作家提供了一个演习场所。沃尔夫对物价和人们的衣着打扮和口音有十分尖锐的眼睛。确实，他夸大了纽约的肮脏，并且，尽管他是个预言者，他也没能预测到纽约的生活质量最近发生的极大改善。但是，说他夸张不是因为他的描述是错误的，一个颇有权威的人告诉我说，他对布朗克斯县刑事法庭的描绘基本精确，尽管它的毗邻区域并不像他描述的像地狱一般，并且全书是一本（隐匿真名的）真人真事小说，有见识的纽约人一下子就能辨认出其中的机构和人物；说它夸张更多是因为他隐瞒了复杂的一面，而这是社会讽刺作家的特权。沃尔夫同博施（Bosch）和斯威夫特（Swift）一脉相承，描写了人类最为丑恶的一面，所以，片面描写其描写对象是他的手法的一部分。

如果我们用狄更斯或陀斯妥也夫斯基来衡量，那么《虚荣的篝火》并不是一部"伟大的"小说。它的情节仅仅是用来联系一系列场面的一条线。他的人物没有深度，人物都是通过让读者了解其想法这种过于简单的手法表现的；他文笔比较单调，而且，小说写到2/3的时候，作者的精力衰退了，讽刺越来越多让路于宽泛的、最后变得沉闷的滑稽戏。法庭上一群暴徒因为撤销了对麦科伊的控告而攻击科维斯基法官的场景就显得有些过分，而且不太可信；科维斯基头上的光环这时显得过于耀眼了。而且沃尔夫开始流露麦科伊得到救赎的信号显得有些伤感。这部书就这样渐渐结束了，沃尔夫好像不知道该怎样结束它。

31 但是，这一点，即这部书在2/3的时候垮了，是惟一有价值的批

评。这部书没有丰富的情节、多维度的人物和出色的文采,这只能说明这部小说属于某个特定的小说种类,因为《一九八四》也是这样的一部小说。"小说"并不是一个封闭的文艺类型。评价讽刺小说或政治小说(《虚荣的篝火》两者都是)不应该按照有心理学或哲学特征的小说的标准——或按照对法律或正义十分感兴趣的小说的标准。我们将在第5章里看到,《卡拉马佐夫兄弟》中对刑事程序的描述不仅仅是要提供地方特色或叙事悬念,也不仅仅是作为一种讽刺或曝光,而是要把刑事司法体系所代表的理性探究与宗教洞识进行比较——在这个比较中,前者处于不利地位。《虚荣的篝火》中提到的宗教仅仅包括培根牧师敲榨勒索的生涯和华尔街人对财神的崇拜。对沃尔夫来说,法律仅仅是一套背景,与派克大街上的晚宴会或某个花哨餐馆里的晚餐或拉里·克雷默用自己可怜的公务员工资与他的妻子、孩子和一位换工住宿的女孩所居住的"蚁穴"之间,在任何重要的方面都没有什么不同,从中可以观察到小人物们摔倒时的失态。尽管在我们这个国家的大城市里,检察官职位的政治化和刑事司法的流水线作业特点是真正存在的社会问题(这部小说的描写也很生动),但小说并没有暗示说这些问题可以得到缓解,更不用说解决这些问题了。[33] 相反,作者引导读者认为,布朗克斯的现行刑事司法体系行将被一个由少数族裔人控制的刑事司法体系代替,而这些少数族裔人在布朗克斯已经占了人口的多数,并且,读者还会认为,那个体系甚至比现行的体系还要差,因为那时就没有科维斯基了。为了刺激社会改革(并不是建议一些"看不见的手"一样的、能把私人贪婪转化为社会利益的机制),一个作家必须传达这样一个印象,即在这个社会里还是有一些好人的。如果一个好人都没有,不但改革不可能成功,而且我们也没有理由要它成功。汤姆·沃尔夫笔下的纽约人基本上都是些怪物和畸形,他们既不应该得到一个更好的体系,也不应该

---

[33] 我们将在第4章中看到,这也是狄更斯的讽刺的一个局限

从中受益，但贪财意义上的受益除外。

尽管我们期望有关法律的大众文学能够让我们知道外行人是怎样看待法律的，但是我们没能从像《卡拉马佐夫兄弟》和《匹克威克外传》这样的经典法律小说中知道的，也没能从《虚荣的篝火》中知道。我们知道外行人期待技术细节能够起作用（麦科伊第一次被控告就是因为一个技术细节而被撤销），当正义流产时他们不感到奇怪（别忘了，麦科伊受到杀人指控，但他实际上是无辜的，真正的罪犯被检方用作假证人了），他们期望法律程序会无休止地进行下去，并极其昂贵，对法官、律师、陪审员和司法机器的其他参与者的道德和智力缺陷不抱幻想，对政治和个人野心侵蚀司法机器也不抱幻想。科维斯基法官确实有机会对拉里·克雷默进行了一番法律教育："究竟是什么让你认为你可以打着社区压力的大旗走到本庭面前？法律不是少数人或多数人的东西。本庭不会为你的威胁所动摇。"[34] 但是他为自己的独立付出了代价：他再次当选法官的提名被否决了。公众对法律的冷嘲热讽要比司法界人士更厉害，而不时提醒法律专业人士一下还是有用的。

32 威廉姆·盖迪斯（William Gaddis）的法律小说《他自己的狂欢》比《虚荣的篝火》成书距今天更近（1994年），但它并不是一部大众文化作品。这部小说引经据典、博大精深，甚至有些深奥难解，它语法复杂，属于"高雅现代主义"风格，所以读起来很困难——是本章中讨论的书里面最难读的一本。而且，尽管它同我有关文学与时事话题对立的讨论有些张力，但与沃尔夫的小说相比，它渗透了更多的当代美国法律。它描写了更多的法律诉讼，并含有更多的法律质感。它有三个很长的司法意见，一个复杂的陪审团指令，还有一个口供录取，而且所有的诉讼都是民事诉讼。沃尔夫利用了公

〔34〕该小说1988年简装版，页676。

众对法律的无知，偷懒用一个刑事案件作自己小说的骨架。外行人对刑法和刑事程序比对民法和民事程序更为熟悉，并且一般来讲刑法和刑事程序的复杂性更低。

小说的题目就表明了法律的主题。小说中的一个人物解释说，“狂欢”（frolic）是代理法中的一个概念。如果一个雇员是在“狂欢”，即在从事与自己工作无关的事情，那么他的雇主对该雇员的侵权行为不负责任，即使该侵权行为发生在工作时间内。奥斯卡·克力兹（Oscar Crease）是在进行另一种意义上的狂欢，但是这后来证明是具有法律重要性的一个意义。他是一个衣容不整、遁世隐居、尚未结婚、行为古怪、自私自利、没有孩子、人到中年的吝啬鬼，在一所很小的大学里讲授美国内战史，住在长岛的一所摇摇欲坠但是价格不菲的房子里，他的主要收入来自一个信托基金。他的祖父同奥利弗·温德尔·霍姆斯一样，是一位内战老兵和最高法院大法官。他的父亲已经97岁，是南卡罗莱纳州联邦地区法院的法官，并且被提名担任联邦上诉法院法官。（90多岁的地区法官不会得到提升，所以这是这部小说中有想像因素的一个较早的迹象，该小说还有很多勇敢的现实主义描写——我们在《荒凉山庄》（*Bleak House*）中很熟悉这两者的结合。）奥斯卡多年之前写过一部关于自己祖父的戏剧（这部剧就是他的“狂欢”），祖父在内战中为南方作战受了轻伤，此后搬家到了北方，来认领自己在宾夕法尼亚州继承的一个煤矿。他雇了一个替身代替自己参加南部邦联的军队，然后，因搬家到宾夕法尼亚之后又受到征兵加入北方联邦军队的威胁，他又雇佣了另一个替身为北方作战。在安提塔姆（Antietam）战役中，两个替身发现各自在敌对军团之中——而且（不管怎样，在戏剧里面是这样，这部剧是一个极好的福克纳风格的大杂烩，点缀着很多几乎是原封不动地抄自柏拉图关于苏格拉底审判和定罪的对话段落）互相杀死了对方，祖父把这当成了自己的一种精神自杀。很自然，这部戏剧从来没有被制作过。

33

当奥斯卡听说一部新电影看起来与自己的戏剧特别相似的时候（多年以前他曾经把自己的剧本寄给过这部电影的制作人），他决定以侵犯著作权为由提起诉讼。这个案件看起来绝没有胜诉的希望。奥斯卡没有看过这部电影，甚至找不到制片人当年寄给自己确认收到剧本的信件。他不能要求著作权法保护南北战争或保护他祖父的生活经历，[35]更不用说保护他对柏拉图的抄袭了（但是这很可能没有在电影里出现）。而且，奥斯卡的律师，后来证明是一个冒名顶替的骗子，在诉讼过程中消失得无影无踪。奥斯卡的对手是纽约最大的一家律师事务所，在录取证词时他被这家事务所的一位新来的才华横溢的律师问得体无完肤。毫无疑问，奥斯卡得到了败诉的即决判决。但是，后来他的父亲插手了这个案件（不是出于对儿子的爱，而是出于对法律的爱——法律是他惟一的爱），事实上写了上诉状。上诉成功了。上诉法院（正是美国第二联邦上诉法院）认出了一位法官同事的手笔，并且撰写撤销地区法官判决之意见的上诉法官不喜欢女法官——奥斯卡案中的地区法官是位女性。巡回法官的意见写得非常漂亮，使我们了解到案件自始至终对奥斯卡都很有利。但是另外一个情节突变即将来临。这一诉讼的标的是这部电影的利润，现在必须计算利润的数额。通过颇具想像力的会计方法，制片人让法庭相信，尽管这部电影的毛收入将近4亿美元，却没有利润，并且，即使有利润的话，利润也不是来自奥斯卡被剽窃的剧本，而是来自女影星“北欧—欧亚混血的乳头”。

34 这个著作权诉讼是这部书中描写或提及的十几个诉讼中的一个。[36]在另外一个诉讼中，奥斯卡因人身伤害起诉自己，因为他在助推起动自己的汽车时汽车撞了自己。（他穷得没钱修理点火器。）

---

〔35〕 请看 Matthews v. Wozencraft, 15 F.3d 432, 437 – 439 (5th Cir. 1994).

〔36〕 请看 Larry M. Wertheim, "Law as Frolic: Law and Literature in *A Frolic of His Own*," 21 *William Mitchell Law Review* 421, 425 – 445 (1995).

在另外一个诉讼中，他的父亲审理一个告牧师意外致死的案子，案子是一个小孩的家人提起的，因为小孩在接受牧师洗礼的时候淹死了。克力兹法官在这个案子中对陪审团的指令里暗示上帝可能要负责任，因为上帝是牧师的委托人。克力兹法官也审理了一个系列案件，它们都产生自他辖区内一个乡下小镇上发生的一起奇异事故。一位雕塑师——就是全国艺术捐赠基金会愿意支持的那种雕塑家——建成了一个巨大的、形态可憎的雕塑（这是为了嘲笑它的环境，但当地人最终发现并且高兴地利用了它的旅游潜力），一只狗跑了进去，卡在里面。狗的主人叫来了消防队，让他们用乙炔焰炬拆除这座雕塑，但雕塑师从克力兹法官那里获得了一个初步禁令。[37] 随后雕塑遭到雷击，杀死了这条狗，也毁了克力兹法官晋升的机会，甚至有人要求弹劾他。

小说的道德中心是奥斯卡的继姐妹克里斯蒂娜（Christina），她努力使奥斯卡和他傻乎乎的金发碧眼女友别陷入麻烦，她把法律职业描述为一个“自我规制的阴谋”，这看起来也是作者的观点。克里斯蒂娜的丈夫哈里·鲁兹（Harry Lutz）是代表奥斯卡案中制片人的律师事务所的合伙人，也是一个好人，他工作几乎累死。因为，像他解释的，当今在大律师事务所里作合伙人，“就像在锡拉巨岩（Scylla）* 和卡律布迪斯（Charybdis）漩涡之间穿过墨西拿（Messina）海峡。以往，你在一个历史悠久、声名远扬的上流社会律师事务所里当上合伙人、当上高级合伙人，这就意味着你一辈子不用发愁了，但现在，你的一边是海怪的洞穴，另一边是漩涡，你作为合

[37] 尽管雕塑师最终胜诉，但是法官驳回了雕塑师的动物非法侵入的辩护，理由是，该镇约束动物的法律“形同虚设，因为在任何好天气里都可以看到当地犬类社区的大小、品种和其他细节各不相同的著名成员们同靠岸的水手们并肩漫步在村庄的中心大街上和它们的习惯和胃口让它们去的所有地方，而不会被任何市民或法律的爪牙所呵斥”（简装版，页31）。

* 锡拉巨岩位于意大利墨西拿海峡中著名大漩涡卡律布迪斯的对面。——译者

伙人的责任就像上了贼船，随时可能被这些海怪一样可怕的诉讼和政府管理者所吞噬，或者被吸下去淹死在失业的漩涡里面”（页422)。克里斯蒂娜指望哈里的50万美元人身保险单能够帮自己度过难关。他的事务所告诉她，事务所担心他可能是自杀，这种死亡原因是不包括在保险范围内的。克里斯蒂娜向事务所提供了证据，证明自己的丈夫不是自杀，却又发现保险单的受益人不是她自己，而是事务所。

35 简装版的封面把《他自己的狂欢》描述为具有“斯威夫特的风格”，在一定程度上，这种描述是正确的，因为盖迪斯对于这个被贪婪所吞噬的民族有着黯淡的视角，这个民族的法律体系完全适合安布罗斯·比尔斯（Ambrose Beirce）对诉讼的定义：一个你进去时是猪、出来时是香肠的程序。但是这部小说的总体精神是斯特恩(Sterne)* 或乔伊斯（Joyce)** 而不是斯威夫特。我们无法不喜欢古怪的、具有托比叔叔风格的奥斯卡，他针对电影工业的诉讼以其特有的疯狂和有铜臭气息的方式追求正义，是在挑战正淹没他的城市远郊生活的可怕的大众文化浪潮。但是这种追求是失败的，并且这不仅仅因为好莱坞留住了自己的利润。在奥斯卡的家里，电视机总是开着。他定购了一个鱼缸，这引得克里斯蒂娜发出了这样的感想——

> 一个鱼缸？这样就可以看到它们，颜色更为鲜活，更加具有野性的种类，产卵、摄食，绝妙的鱼鳍，眼神空洞、目光呆滞，壮丽得多的海底景致、异国情调的植物和散布着珊瑚的栖息

---

* 斯特恩，劳伦斯（1713－1768），英国作家，经典作品《项狄传》是现代意识流小说的先驱。——译者

** 乔伊斯，詹姆斯（1882－1941），爱尔兰作家，作品包括《尤利西斯》（1922年）以及《为芬尼根守灵》（1939年）。——译者

> 地，就在他的自然计划之中，不必担心那些照料上的麻烦：风力、海浪，温度、盐度，通风换气，酸碱值，光照、过滤、养活这么多张嘴的日常费用，非常好地关在可以将它们召之即来、挥之即去的地方，就像他的那群同类，挤满了其他地方的通道，而不是真的让他们挤在家里：开枪，滔滔不绝地讲述新闻事件，讲笑话，做俯卧撑，下蹲站起，腹泻得直发抖，半裸着身子嚎叫，怀着浓烈的激情像猴子一样使劲儿弹吉他，油渍斑斑的足球自由地在世界上散漫，即使像这么大的房子里，三个人就吵得要命。（页 282–283）

剽窃自奥斯卡的书而拍成的电影最后上了电视，而且奥斯卡看到了，全神贯注地看，超现实主义的战争场面——这部电影的制片人是鲜血淋漓的特技效果之王——让他陶醉。就像他对电视节目的描述一样（这是这部书的一个主旋律），盖迪斯对战争场面的再现令人眼花缭乱。

贪婪，好诉，毫无礼貌和节制可言的媒体——这些都很像《虚荣的篝火》。沃尔夫和盖迪斯的作品都是滑稽却凄凉的讽刺小说，都以坦诚的风格描绘了作为美国文化（在《篝火》里是纽约文化）缩影的当代美国法律体系。但是这两部小说的相似之处只是表面的，它们反映的感受力不同：沃尔夫的人物是纸板剪出来的，缺乏深度，反映了作者的风格——很大程度上是枯燥无味的新闻文体。这些人物不会获得读者们的同情，其中的讽刺也限于纽约城本地。盖迪斯的人物，至少是那些主要人物，[38] 是为能破坏大脑的媒体和达尔文主义法律体系控制的，是俗丽的、狂热的、精神空虚的文化的人类牺牲品。它是盖迪斯用自己过于偏见的眼睛看到的 1990

〔38〕翠丝，克里斯蒂娜非常富有、非常鲁莽的学生时代的老朋友，几乎可以直接从《虚荣的篝火》这部书里走出来。

年前后的美国文化，但它也同样可能是《荒原》中的伦敦，甚或可能是但丁地狱篇中的一个轮回。其中的幽默常常与沃尔夫小说中的幽默一样明显，但是《他自己的狂欢》更具深度、共鸣和人文色彩。

法律细节非常多（对于非法律人的读者来讲一定很难懂），而且，除了有意的滑稽笔触，这些细节都是真实和准确的。不只是那个提出了我将在最后一章中讨论之问题的著作权案件，而且因狗被卡在雕塑里后来死掉而产生的那些案件，都可以修改后用作法学院的考试题。在对奥斯卡录取证言的过程中，大多数时间都被双方律师用来互相打断，这可以在有关审前程序的课程中使用。还有哈里·鲁兹对在上诉法庭辩论案件会是什么样子的一个极佳的描述，这预言了这个年轻自负的人会输掉这个案子：

36

> 我相信他从来没有在联邦第二上诉法院处理过案件。他很可能拿着一份20页的诉状冲到那里，准备向坐在上面俯视他的三件黑色旧袍子读出他杰出分析的每一个单词，而且我说的是俯视，因为他是站在下面的演讲台上，而他们则高高地坐在自己的高背宝座上，躲在上光的马蹄形桃木桌子后面，彬彬有礼，毫不拘束，十分让人望而生畏，甚至有些不够正式，而那恰恰是真正让人望而生畏的地方。他开始的时候想让人们对这个案子有一个整体的理解，这时他们中的一位直接打断了他。我们对这个案子很熟悉，律师，你有没有什么希望加到你的诉状上的内容？法官大人，如果您能允许我概述以下事实……我认为我们已经知道事实了，律师。如果庭上愿意的话，在本案深远的文化影响中的公众利益，这时伯恩（Bone）［法官］立刻插话进来，我要提醒律师我们在这里正是为了公众利益服务。你的案子如此如此，直接说最重要的问题，用几个句子总结你的观点，然后让律师坐下，可怜的杂种准备进行真正的表演，地

点和整个气氛也像戏院，但是他们到那里不是为了看日场演出，他的主要节目都飞到了九霄云外，再问了几个问题，大幕就落下了。（页 347）

但是，就像大多数把法律当作主题的虚构文学作品一样，这部吸引人的小说的中心并不在批判法律，而是在其他地方。让人难以忘怀的是笼罩在现代美国垃圾文化（法律是其中之一）大网中的那些倒霉人物，而不是这些大网本身。

在法律小说与侦探故事（侦探故事或者本身是一个谜，或者是一个犯罪的故事、读者在开始的时候就知道罪犯，而这个“谜”是罪犯怎样得到应有的惩罚）之间的分界线上是“法律惊险小说”(legal thriller)，这是美国法律小说中最受欢迎的一个种类。《虚荣的篝火》甚至还有《傻瓜威尔逊》都是围绕着没有解开的犯罪展开的，但在这两部小说里，怎样解开犯罪的过程（在沃尔夫的小说里始终没有被解开）并不是读者的兴趣中心。与此形成对比的是，斯科特·特洛的小说《假定无罪》(*Presumed Innocent*)，[39] 尽管作者是一位有能力、有经验的律师，而且小说充满了准确的法律细节，但它却是一部彻头彻尾的凶杀破案小说。在另外一位律师约翰·格雷斯汗的通俗小说中，尽管其中心是解开犯罪的谜团，但是法律的渗透随处可见，以至于它们更应归类为法律惊险小说而不是侦探故事。而且，作为真正大批量畅销的书籍，它们能让我们洞察大众小说是怎样描写法律的。

37

在格雷斯汗的小说《当事人》(*The Client*)（1993）中，一个 11 岁的小男孩马克碰巧发现了一个“黑帮”律师正试图自杀，在

---

〔39〕 在 Carol Sanger, “Seasoned to the Use,” 87 *Michigan Law Review* 1338 (1989) 中进行了富有洞察力的讨论

他自杀最终死亡之前，律师告诉马克该黑帮暗杀的一位美国参议员的尸体藏匿地。实施“打击”的黑帮成员已经被提起诉讼，但因为针对他的证据很弱，所以没有找到尸体这一点让检方十分尴尬。美国检察官和联邦调查局不顾一切地想要找到尸体，而黑帮也不顾一切地想要掩盖藏匿尸体的地点。马克是一个很清楚街头政治的下等阶级的孩子，母亲受虐待（已经离婚），他挤在两个几乎同样声名狼藉的冤家对头中间——一边是联邦执法机构，头目是残忍、喜欢出风头甚至有些虐待狂的美国检察官（他“喜欢这样的时刻，即联邦政府的权力挂到高速档，然后用力撞倒毫无防备的小人物”[40]），工作人员是些凶暴的、无法无天的联邦调查局密探；而另一边是到处都是触角、念念不忘报复的黑手党。但是，在一位先前吸毒成性、热心代表陷于法律困境的青少年的中年离异女律师的帮助下，马克既战胜了执法人员，也战胜了歹徒。他把尸体交给联邦调查局的方式使他自己获得了特别有利的证人保护条款——不仅有了足够的钱和新的身份，而且他弟弟也获得了精神病治疗。在这个过程中，少年法庭的一位生硬、精明却好心肠的黑人法官，其原形是瑟古德·马歇尔（Thurgood Marshall），一度成功阻止了联邦政府想要取得马克的监护权的企图，因为这样他们就可以盘问马克藏匿参议员尸体的地方了。小说提出了一个问题，但没有解决它，即联邦地区法院发给一位证人的传票能不能从一个州青少年法庭手里夺回对一个未成年人的监护权（其实答案是肯定的）。

《当事人》的主题是弱者的胜利。一个下等阶级的孩子——一38 位现代的哈克·菲恩——同他的落魄女律师一起机智战胜了有钱有势的人，包括声名狼藉的司法机构及其非法的反派组织，所以，这部小说具有平均主义色彩并且政治上正确，甚至这位律师的秘书也是个懦弱无用的男人。但是，这些意识形态的微风，加上那些法律

---

〔40〕 简装版，页261。

细节，只是标准的冒险故事主题的小小变奏，在这个主题中，无辜的英雄被两伙坏人追杀，但却最终能够反败为胜。在这样的一个故事里，作者的目的是让读者一直想要知道英雄究竟怎样才能在实力如此悬殊的战斗中获胜。在这个层面上，《当事人》成功了，但是在其他层面上都没有成功。这部书是写给儿童阅读水平的读者看的，所有人物的说话方式都类似。但是马克与其他人物说话方式也类似，这是因为格雷斯汗没听过11岁的孩子的措辞呢、还是因为其他人物的用语与11岁的小孩类似，这一点并不清楚。开篇的场景——那个拖沓的自杀未遂——非常单调和荒谬，以致于显得很可笑。好人和坏人都没有任何深度。小说的地点是孟菲斯和新奥尔良，但没有令人身临其境的感觉，所以不能作为对这些城市或整个国家实际情况的可信的、基于可靠信息的评述。

格雷斯汗最为著名的小说《律师事务所》（*The Firm*）（1991年）比《当事人》更为紧张、更加机智、更加引人入胜。但是小说的主线基本一样。无辜的人——这次是一家律师事务所中的一位律师——受到联邦调查局和黑帮的追杀，最后与联邦调查局达成了一个协议，（连同从黑帮那里偷来的东西）让他和家人能够安全地享用800万美元。米奇·麦克迪尔（Mitch McDeere）是一个刚出哈佛法学院校门的优秀毕业生，他被一家孟菲斯的小规模的、谨慎小心的律师事务所雇用了，出人意料的是，这家律师事务所付给他的是全国最高的工资、最好的福利待遇。我们开始时认为这只是一个与律师事务所签订的普通浮士德契约：你会对钱上瘾，并且不意识到，作为对价，你必须为枯燥无趣的项目累死累活，而且你的婚姻会破裂，因为你从不回家。我们很快就发现这里还包含着比这还要险恶的事情：这家律师事务所为一个芝加哥黑帮拥有（小说极大地夸张了这个黑帮的力量），职责是把黑帮从非法企业中赚来的钱洗干净。律师事务所也有合法的客户，这是为了制造一个受人尊重的门面。新来的律师只为这些合法客户的事情工作，但几年以后这个

律师就会被告知这家律师事务所的真实性质，这时，他已经对自己的高收入上瘾了。律师事务所只雇用已婚、家庭背景贫穷的年轻男性，并且鼓励他们生孩子——这样他们辞职就会负担不起费用。我们的主人公也因为在完全不知情的情况下做了违法的事情而沦落。没有人从这家律师事务所辞职，所有试图辞职的人都死于幕后导演的事故，一共有5个人因此死于非命。联邦调查局找到米奇，告诉了他真实的情况，请他作联邦调查局的秘密内线。他同意了，部分原因是因为联邦调查局说，如果他不合作，那么一旦收集到足以摧毁律师事务所的证据就会起诉他，但是，他像马克一样并不信任联邦调查局。这种不信任后来得到了证实：联邦调查局的一个高官是内奸，他通知黑帮说米奇在为联邦调查局工作。

《律师事务所》可以当作对专业人士的贪婪和缺乏道德感的讽喻来读，但是把它作为吸引人的消遣读物来读效果更好。它简单的词汇和语法、粗线勾勒的好人——全都来自下层社会或者中产阶级下层，比如米奇的哥哥是一个被判谋杀未遂的犯人，小说结尾时米奇和妻子虎口脱险——和坏人、电影般快速的节奏以及封面上凸出的字体，这一切都说明这部小说针对的是最低层的文学口味。《律师事务所》所触及到的今天法律职业面临的问题——律师的数量是不是过多，他们的道德水准是不是过低，他们的收入是不是过高，以及年轻律师的工作条件是不是过于具有剥削性，尽管他们的收入很高——都很难，这部小说也未能阐明。真正全神贯注阅读这部小说的人不大可能对法律职业管理中的事项有很大的影响力，而那些受过高层次教育并具有影响力的人阅读它——他们中很多人都会去读它——只是在手头没有电视机的情况下作休息大脑之用而已。

如果你把像《虚荣的篝火》和《他自己的狂欢》这样老道的现代小说的法律描写同格雷斯汗的大众（也是平民主义的）小说中的法律描写进行对照，那么你不会看到太多的区别。两组小说中的描写都是负面的：法律是一场闹剧，而律师是讼棍。间或会有一束阳

光穿透浓雾。沃尔夫有科维斯基法官，而格雷斯汗有罗斯福法官（那位少年法庭的黑人法官）和马克的律师，但是两位作家都强调，自己的“好”法官或律师相对于整个职业群体来讲是凤毛麟角。现代美国小说对于律师的负面描写触及了对法律职业由来已久的敌对倾向，这在狄更斯身上就明显表现出来了，但它也触及到了更近的总体上对权威的敌意。今天美国律师的数量和富有程度，他们在被广为宣传的审判不公案件中的作用，以及外行人难于理解为罪犯和其他坏人进行代理的社会功能，这可能解释了为什么律师是讽刺作家和大众市场作家喜爱攻击的目标。在小说中，攻击律师与律师笑话属于同一个文艺类型，并且与律师笑话一起成长。[41]

卡缪和斯汤达

卡缪（Camus）的著名短篇小说《陌生人》（*The Stranger*）（1940年）[42]与《公正的和不公正的》写作时间大致相同，并且也是围绕着一个杀人罪的审判。但是这两部作品在道德上和美学上却 40

〔41〕 Carl T. Bogus, “The Death of an Honorable Profession,” 71 *Indiana Law Journal* 911, 914–922（1996）可信地论证说，在畅销小说中对律师的描写是公众对律师尊重程度变迁的一个很好晴雨表。也请看 David Ray Papke, “The Advocate's Malaise: Contemporary American Lawyer Novels,” 38 *Journal of Legal Education* 413（1988）。对于大众文化中对法律描述的一般性讨论，请看 Lawrence M. Friedman, “Law, Lawyers and Popular Culture,” 98 *Yale Law Journal* 1579（1989）; Sanger，上注〔39〕; *Law and Literature: A Collection of Essays on John Grisham's* The Rainmaker, 26 *University of Memphis Law Review* 1251（1996）《造雨人》（Rainmaker）（1995年）是一部关于从事民事诉讼的律师们的恶劣道德的小说，它不如格雷斯汉的其他小说那样艳丽和耸人听闻。

〔42〕 这是使人误解的翻译。*Étranger* 的基本含义以及适合于这篇短篇的含义，是“外人”、“外地人”或者“外国人”（就是“法国外籍军团［French Foreign Legion］”中“外籍［foreign］”的含义）。米赫索（Meursault）相对于自己的社会来讲是一个外人或者（精神上的）外国人。

迥然不同，而这表明了我所讨论的文学类型("具有法律主题的想像性文学作品")的异质性。《陌生人》是由主人公米赫索叙述的，他是一个 *pied noir*（居住在阿尔及利亚的欧洲人而不是阿拉伯人，当时阿尔及利亚仍是法国的一部分）。小说一开始讲述了米赫索母亲的去世，我们通过主人翁对自己母亲的死的反应了解到，他不想过去或未来，不会形成深入的感情依恋，缺乏野心、虔诚、矫饰——而且没有是非观。他无辜，却是属于动物的那种无辜；他是个独来独往的人，并且没有道德感，但他这种被动的、麻木的状态并不是说他可能是个异教享乐主义者或是个不墨守成规旧习的反叛者。

41 在他母亲葬礼后的第一天，米赫索就开始与一个名叫玛丽的新女友睡觉。他后来接受了她的求婚，却对她承认自己不爱她，并且很可能会同样接受很多其他女人的求婚。但是，在他和玛丽举行婚礼之前，他和自己的朋友同一群阿拉伯人打了一架，起因是一位朋友参与了一些不体面的生意——他受过米赫索的帮助，米赫索在帮助别人的时候总是不冷不热，他仅仅因为别人有求就会给予帮助。当天晚一些时候，米赫索沿着海滩散步，身上带着朋友打架时借给他的左轮手枪（打架时并没有开枪），他看到那一群阿拉伯人中有一个躺在自己前面的海滩上，太阳无情地烧烤着大地，米赫索朝着这个阿拉伯人走去，自己也不知道原因。那个阿拉伯人抽出一把刀，但是没有做出任何威胁性动作，没有任何迹象表明米赫索感到自己处于危险之中，尽管如此，他还是向那个阿拉伯人开了一枪——然后，间隔了一会，又开了四枪。

他被逮捕了，并按照法国的程序由一位审讯法官进行了讯问，审讯法官是一种法官和检察官职能的交叉。通过讯问审讯法官认为米赫索的无情和冷漠让人恶心，表现在他对自己母亲和那个阿拉伯人的死毫无感情反应，他在母亲死后的第一天就开始了与玛丽的恋爱，以及他对基督教的抛弃。在审判中，公诉人不断技巧性地强调米赫索的这些性格特征，而陪审团拿出了一级谋杀的判决，米赫索

被判处斩头。在监狱里等待死刑的时候，米赫索坚决地拒绝了监狱牧师让他皈依基督教的努力。他不再像从前一样拙于言辞，意识到自己即将死亡给了他声音，让他第一次完全有意识，完全有人性，并且（有些自相矛盾——因为他已经被监禁并且即将死亡）完全控制了自己的生活。[43]

至于作者"对待"刑事司法体系的方式，这部小说同本章所讨论的其他小说（甚至包括格雷斯汗的小说）形成了鲜明的对比。卡缪通过刑事犯的眼睛讲述自己的故事，把审判写成了一场凶险的闹剧，其中被告被定罪不是因为杀了人，而是因为他摒弃了中产阶级的基督教价值观。谋杀的受害人没有名字也没有面容。米赫索即将被处死这个事实——他是这篇短篇小说中惟一被完全实现的人物——显得是比谋杀还要可怕的犯罪，而谋杀却被写得像是一个并不重要的事件，就像米赫索忘记自己母亲去世时的年纪这个事实一样不重要。

让美国律师觉得特别奇怪的是，有关米赫索"坏"品行（在小说所摒弃的那种传统意义上的坏）的证据怎么会被在审判中采用，并且实际上变成了判决他的决定性因素。在美国的审判中，不会允许对于米赫索如此不利的品行证据进入程序。在我们的法院里，品行证据不得用于证明被告在他被提起公诉的事件中的行为与他的个性一致。[44] 可以用它来证明动机、知情以及其他直接有关案件的某个问题的倾向或事实，而不能用来证明被告作坏事的一般习性，但是米赫索对自己母亲的行为以及他摒弃基督教与犯罪的联系过远，不能采信用于这些目的，[45] 但是采信这种证据很可能并不违

42

[43] 请看出色的讨论，见 Robert C. Solomon, "*L'Étranger* and the Truth," 2 *Philosophy and Literature* 141 (1978).

[44] 请看《联邦证据规则》第404条以及附随的顾问委员会注解。

[45] 在美国法院里，我们无法想像会去探询一个被告的宗教信仰或者去探询他到底有没有宗教信仰。

反法国的刑事程序。法国法律并不限制有关坏品行的证据，[46]相反，《法国刑事诉讼法典》规定，“证人作证应该只针对被告被指控的事实或他的品行和道德观。”[47]并且，与大陆法程序的纠问主义传统相一致，法国刑事程序一开始就是主审法官公开对被告进行讯问，所以陪审团能够听到，并且被告个人历史的所有细节——很多都会包括在对犯罪进行调查过程中所准备的案卷中——都不在范围之外。[48]在大陆法律体系中，证据规则确实不如在美国体系中重要，因为这些规则主要是设计用于控制陪审团，而陪审团在大陆法律体系中的重要性要低得多。但这一点并没有什么关系，法国人在刑事审判中是使用陪审团的。

43 看来，卡缪的目的并不是批评他所了解的惟一一种刑事程序，

---

〔46〕 Roger Merle 和 André Vitu, *Traité de Droit Criminel*, vol.2, pp.155, 165－166（3d ed.1979）.

〔47〕 *The French Code of Criminal Procedure* 116（Gerald L. Kock trans., 1964）（article 331）（着重号为作者所加） 在卡缪写作《陌生人》时，这部法典并不含有对于证人作证范围的任何限制。请看 *Code d'Instruction Criminelle* art.317（1932）. 在米赫索的审判中所引入的那种品行证据，即使在今天的法国刑事审判中也是可以被采用的。Maurice Payrot, "Aux assises de Paris: Un assusé qui s'affirme non－violent repond d'une tentative de viol," *Le Monde*, Sept.12, 1987, at 11, 描述了在 Cour d'Assises 即法国重罪法院中对一起强奸未遂进行的审判。法庭由3个专业法官和9个平民法官（亦即陪审员）组成，平民法官中要有过半数投赞成票才能定罪。对于被告的性格和个性有着广泛的证言——他紧张、敏感、不暴力、随和、易受影响、冲动、情绪化。最重要的是一位流行歌手的证言，他从来没有遇到过被告，但是，在他被告知说被告是他的一个歌迷时，他做出了如下证词：“我反对任何形式的暴力。关心我的人正是因为这是我的哲学才来关心我。被告给我留下深刻印象的地方是，他很担心自己会因为一种自己完全反对的行为而被定罪。如果说我今天出庭了，那么这是因为我绝对相信他是无辜的。”尽管如此，被告还是被定罪了。

〔48〕 请看 Merle 和 Vitu 上注〔46〕, vol.2, p.165; A. V. Sheehan, *Criminal Procedure in Scotland and France: A Comparative Study, with Particular Emphasis on the Role of the Public Prosecutor* 27 n.14, 28－29, 48－49, 73（1975）; 请比较 Fernand Chapar, *Menuel de la Cour d'Assises* 141（1961）.

尽管这部短篇小说有时被认为是对死刑的抨击，[49]作者反对这个判决，[50]但这并不是出于任何程序上的违法。他接受了米赫索的品行在法律上的相关性。他所抵制的是声称这种性格不好的那种道德体系。但是，我们作为读者可以在小说中找到一个更喜欢英美刑事司法体系的原因（因为它避免了侮辱性的并且基本不相关的对于品行的探究），当然这个原因并不足以终结辩论，而且，这表明，法律与文学运动可以对比较法研究有所贡献。但是，如果我们想对美国和法国的刑事程序进行比较性评价，那么我们不会把自己的评价建立在小说描述的基础之上，我们会研究真正的审判。还有，米赫索的审判至少在一个方面十分不现实——不是采用了品行证据，而是给予这些证据的权重。法国殖民法院不大可能把杀死了一个持有武器的"土著"的法国人定罪，而且难以想像法院会判他死刑。[51]

所有这一切并不是说，在排除品行证据的美国审判中，米赫索就会被无罪释放，或者只被定轻一些的罪。尽管那个阿拉伯人拿出了一把刀，但是在米赫索开枪射击的时候，他并未处于对于死亡或严重身体伤害的合理恐惧之中，所以没有因正当防卫而无罪释放的根据。对于死亡或严重身体伤害的真实但不合理的恐惧至少会减轻他的犯罪程度，但是米赫索没有什么恐惧，并且，在停歇之后所开的那四枪都能表明蓄意。米赫索确实是在某种由直射沙滩的强烈阳

---

〔49〕 Robert R. Brock, "Meursault the Straw Man," 25 *Studies in the Novel* 92, 98 (1993).

〔50〕 更确切地说，是暗含的作者反对这个判决，即我们从作品本身重构的作者，而不管作者的个人观点或者生平。我并不认为作者就是他自己作品的权威解释者，而且他常常是完全不可靠的（请看第7章）。但是，在《陌生人》的情况里，实际作者和暗含作者是重合的。请看 Albert Camus, "Preface to the American University Edition of *L'Etranger*," in *Albert Camus: A Study of His Work, Lyrical and Critical* 251 (Philip Thody ed.1967)。

〔51〕 Brock，上注〔49〕，页96。

光所引起的精神恍惚状态中向那个阿拉伯人开枪射击的，米赫索也确实没有意图要杀死他，而且这种杀人故意的缺失应该把杀人罪减为二级谋杀。但陪审团会相信这种版本的事实吗？米赫索在自己受审判的时候作了证，但不能就杀人时的情况给出一个前后一致的说明，并且也没有证人。

44

"在某种精神恍惚状态中……"直到他被关入监狱的时候，米赫索都是在某种精神恍惚的状态中生活的。他缺乏我们在莎士比亚的人物中能够找到的丰富内心世界，这种缺失让我们应该反省我们说"蓄意"以及更广泛的刑事责任的时候含义是什么。如果我们能够窥视到米赫索在开枪之前、开枪之际和开枪之后的心智状态，那么我们会看到一片空白；如果我们能够窥视到更具反思性、思想清楚的杀人犯的心智，那么我们通常发现的不会是极度的敌意，而是一种复杂的、为自己的行为进行合理化和找借口的上层结构。[52]可能法律并不真正关心杀人者心里想的是什么，[53]重要的可能是行为而不是思想状态，是行为引起了定罪——在米赫索的案子中，行为不但包括开始的一枪，而且包括之后的四枪：对没有活动能力的尸体所开的四枪。

上面是理解《陌生人》的一个有趣的角度；另外一个相关的角度是关于法律职业者——检察官、辩护律师和法官——在审判中是怎样叙述米赫索的故事的。被告和读者都无法在法律职业者的重述中认出米赫索。米赫索隐含地摒弃了，而且读者也被这部短篇小说暗含的作者引导而摒弃了"国家的意识形态：即人类在根本上是有

---

〔52〕有关证据，请看 Jack Katz, *Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil*, ch.1 (1988)

〔53〕请看 A. D. Nuttall, "Did Meursault Mean to Kill the Arab? —The Intentional Fallacy Fallacy," in Nuttall, *The Stoic in Love: Selected Essays on Literature and Ideas* 191 (1989); Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 168－179 (1990). 也请看下一章对道德运气和严格责任的讨论。

灵魂、有精神的生命，以及人类的行为具有前后一致的特征"。[54]法律有其自身的目的，而这些目的并不是心理学的目的，基本的目的就是执行社会规范，而这要求有一种不同于米赫索的价值观的判断立场，但是，存在过分倾向于判断的情况，这导致了欧内斯特·西蒙（Ernest Simon）的论证，"使检察官对米赫索的现实之解释归于无效的原因并不是因为他的解释错了，因为它确实满足了法律和文学叙事两者都要求的基本因素：它是'可信的'。使它归于无效的是这种解释的轻易、它敏捷的修辞、它对不确定的地方视而不见以及它排除了对被告的任何同情。同在司法上的失败相比，这在文学上的失败更大"。[55]它们可能根本就不是司法上的失败 而且要注意到，西蒙的论证可以用于卡缪自己对米赫索的现实所作的解释，这是一种可信的解释，但是修辞敏捷、对不确定的地方视而不见并且缺乏对谋杀受害者的任何感情。

西蒙帮助我们看到，《陌生人》支持了詹姆斯·伯艾德·怀特的一个观点，即法律是（或者说，法律也是——怀特可能不会接受这个限定）一种讲话的方式，并且是一种可以比它谈论的事物更真实或不如它谈论的事物真实的讲话方式，但是，作为有关犯罪者之心智的令人信服的现象学，描述的精确不一定是法律上重要的东西。检方的"文学的"失败并不能给米赫索以信用——他是一个心理变态的人，不会因自己的行为感到悔恨，实际上也不会对一个人有任何感情，不管这个人是他的母亲、情人还是那个阿拉伯人。那么，通过把米赫索描述为被害者而不是杀人者，通过使真正的受害者非个人化，卡缪引导读者站在米赫索一边，而不管这宗犯罪、不管罪犯毫无悔意这一事实，这种做法是不是有些无耻呢？不仅仅是无

45

[54] Partick McCarthy, *Albert Camus: The Stranger* 67 (1998).

[55] Simon, "Palais de Justice and Poetic Justice in Albert Camus' *The Stranger*," 3 *Cardozo Studies in Law and Literature* 111, 123 (1991).

耻，是不是还有些前后不一致呢？就像雷内·吉拉德（René Girard）所说的，“如果不让谋杀者对自己的行为负责，那么为什么要让法官对自己的行为负责呢？”[56]换句话说，为什么法院给米赫索定罪的行为不是像米赫索杀死那个阿拉伯人一样无辜呢？

吉拉德指出，因为没有任何读者会认为米赫索因为没有在自己母亲的葬礼上掉泪而被判死刑，所以他必须要犯下一桩命案，但是命案发生时的情形又必须能保持他本质上的无辜，这样读者才会相信米赫索没有在自己母亲的葬礼上落泪，以及他对中产阶级价值的其他蔑视才是他被定罪和判刑的真正原因（页87）。[57]《陌生人》卖弄了让罪犯变成英雄的新浪漫主义，这就像安德鲁·纪德（André Gide）的小说《梵蒂冈的地窖》（*Les Caves du Vatican*），其中的主人公拉夫卡迪欧把一个没有恶意的朝圣者推下火车摔死，仅仅是为了取乐．用吉拉德的话说，米赫索是“浪漫主义唯我论的一个新的、激进的变种”（页96-96）的又一位代言人。

卡缪不仅可以因为把谋杀写得太轻而受到批评，而且可以因为把殖民主义写得太轻而受到批评。[58]不但那个阿拉伯人受害者连名字都没有，阿拉伯的习俗和文化也被忽略了。清真寺、（穆斯林国家的）露天市场、阿拉伯语、街道上挤满的阿拉伯人群——所有这一切都被忽略了，尽管在法属阿尔及利亚，阿拉伯人与欧洲人的

---

〔56〕 René Girard, "Camus's Stranger Retried," in *Albert Camus* 79, 86 (Harold Bloom ed. 1989).

〔57〕 “因为米赫索没能在巴黎预先策划一番成功的事业或者与自己的情妇结婚，那么他又怎么能够预谋杀人呢？”（页84）。

〔58〕 请看 Conor Cruise O'Brien, *Albert Camus of Europe and Africa* 25-26 (1970); Jerry L. Curtis, "Cultural Alienation: A New Look at the Hero of *The Stranger*," *Journal of American Culture*, Summer 1992.

比例要大于10比1。《陌生人》是一部“白人中产阶级异化”的小说。[59]

但是，请稍等片刻，所有这些批评都是政治的或道德的批评。它们都毫不相干，除非判断一部文学作品的正确标准是政治的或道德的标准，或除非《陌生人》属于伦理的、政治的或法律的评论，而不是属于虚构的文学作品。《陌生人》不但是本章迄今所讨论的最著名的作品，在我看来，它也是最好的，尽管它是惟一一部暗含着让文明人讨厌之价值结构的作品。它的情节极为逼真，具有极大的感情力量，并且达到了相当的微妙程度（就像吉拉德描述的那些手法中表现出来的——戏剧的技巧并不因被指明而丧失它的感情力量），它戏剧化了一种不时征服我们大多数人特别是年轻人的情绪。它是那种厌恶“体系”的感觉，是成熟的价值观和已确立制度的复杂体系限制着孩子般“人的灵魂”（inner man）的无限自我中心主义。米赫索尼采似地拒绝宗教、内省、罪恶感和忏悔；他拒绝在母亲的葬礼上落泪；他拒绝接受会把他调到巴黎的晋升机会（所以他也拒绝了资本主义的价值观）；他拒绝承认法律和宗教的道德权威以及对死亡的畏惧（按照霍布斯的观点，这是人类组成社会的原动力的基础）——这些拒绝在一个临终愿望里达到了顶点，它充满了得意的自负和阿基琉斯一样勇敢的挑衅，这个愿望就是“在我被处死的那一天应该有一大群围观的人，并且他们要用咒骂的嚎叫声来欢迎我”。[60]通过文学艺术的力量，卡缪让所有这些疯狂的负面都

46

〔59〕 Alice Yaeger Kaplan, “The American Stranger,” 91 *South Atlantic Quarterly* 87, 92 (1992). 但是我在文本中却找不到证据来证明爱德华·塞德（Edward Said）的观点，即《陌生人》中“悲剧性的、无感情的冷漠”的感觉是因为卡缪接受了法国对于阿尔及利亚的领主地位：“我们已经做了我们在这里所做的事情，所以让我们再来一遍。” Said, *Culture and Imperialism* 185 (1993).

〔60〕 Albert Camus, *The Outsider*, in *Collected Fiction of Albet Camus* 1, 68 (Stuart Gilbert trans., 1960).

变得能让读者产生完全的共鸣。

而且可能它还不是这么疯狂或至少没有这么负面。小说的结尾让我们想起了尼采的自我超越和永恒反复的学说："我……觉得已经准备好可以重新开始生命了 就好像愤怒的洪流已经把我冲洗干净，让我不再有希望，而且，仰望闪烁着星座和星星的黑色天空，我第一次、真的是第一次，对宇宙那种慈祥的漠然敞开了自己的心灵。感觉到它这么像我自己，甚至这么像亲兄弟，这使我意识到我曾经是幸福的，而且我还仍旧是幸福的。"（页 68）米赫索等待即将到来的死亡时的那种胜利者的心境让我们想起了叶芝晚期诗歌中的一种类似的情绪，也具有尼采的味道，比如，在《死亡》里，叶芝写道："一只动物奄奄一息时 / 既没有希望也没有恐惧……/ 一个充满骄傲的伟大的人/ ……依然放声嘲笑 / 种种迷信的花招；/ 他从骨子里认识死亡——/ 是人创造了死亡。"*

如果我们想要继续从《陌生人》中发现法理学的金矿而不是形而上学的或者心理学的金矿，那么我们可以把米赫索同另外一位注定失败的伟大法律拒绝者进行对比——梅尔维尔的短篇小说《书记员巴特子比》（*Bartleby the Scrivener*）中与小说同名的主人公，他是一位律师办公室的秘书，我们今天会把他称作律师助理。米赫索同巴特子比的类似之处在于他们都不想成为自己社会的规范体系的一部分（另外一个文学中的例子是《一报还一报》（*Measure for Measure*）中的巴那丁（Barnabas）——他的名字同"巴特子比"有一点点谐音。最早的例子可能是阿基琉斯。）"被统治者的同意"是一个很强有力的合法化的口号，但是束缚我们的法律和社会规范中的 99%，甚至对于我们有幸生活在美国这个最为民主的大国的人们来讲，都是强加给我们的，而不是——考虑到因为想要逃避自己

47

* 中译文引自，叶芝，"死亡"，《丽达与天鹅》，裘小龙译，漓江出版社，1987 年，页 202。——译者

不喜欢的法律而移民的费用，甚至只是搬家到另外一个州的费用——在任何实在的意义上经过我们同意的。拒绝者、内在的流放者、不默守传统的人因为他们强有力的、独立的个性以及他们的“挑衅和抗议的精神”[61]给我们留下了深刻印象，他们也促使我们给法律强制寻找有原则的理由。

在米赫索的身后不但有拉夫卡迪欧，而且还有《红与黑》（1830年）的主人公裘利安·索列尔（Julien Sorel）。乍一看来，斯汤达的主人公与卡缪的主人公正好相反，米赫索直到被判刑之前一直缺乏感情、没有野心，而索列尔却感情极度丰富，并且有着无限的野心（他心目中的英雄是拿破仑）。但是这两个年轻人都来自下层社会，都有一种极端的自我中心主义，这表现为一种对于自己社会的深刻疏离感——两个人所处的社会都是卑劣可鄙的；两个人被定罪都因为错误的原因——他们不遵守传统。两人都被判死刑，而且处死这两人尽管是合法的，但都显得似乎很过分，而这只有一部分是因为对他们定罪的动机是对行为者的敌意而不是对行为的敌意。索列尔试图报复的疯狂行为中导致了他从前的情人受了轻伤，并且她立即就原谅了他。（根据法国当时的法律，谋杀未遂可以判死刑，但在当时的情况下不大可能处这种刑罚。）两位作者都暗示，只有在对即将到来的、过早的和不公正的死亡进行静思的过程中，生命才会取得尊严、价值和品味。

碾碎索列尔的那些官方机器比碾碎米赫索的官方机器更为浮华和可憎——或者在现代的读者看来会是这样，尽管这可能仅仅是因为20世纪30年代的中产阶级的法国人（包括居住在阿尔及利亚的欧洲人）社会比波旁复辟时的法国更像我们的社会。在斯汤达的小

48

[61] Graham Seal, *The Outlaw Legend: A Cultural Tradition in Britain, America and Australia* 197 (1996).有关“被放逐者”（outlaw）的文学作品可以被归类为关于法律的虚构文学作品下面的子类。

说中，人物和社会类型的变化种类也更多，更强调社会阶级、教权主义以及爱，并且，与卡缪相比，作者对自己的主人公保持了更具批判性的视角。

在裘利安从事导致他被审判、判刑和处死的那个犯罪行为的时候，《红与黑》几乎要结束了。因为两部作品在法律主题和非法律主题之间着墨比例不同，所以，较为不重要的《陌生人》在法律方面有更大吸引力——实际上比本章讨论的任何其他作品都更有吸引力，但是，就像所有其他的作品一样，就像一般的“关于”法律的文学作品一样，它的中心并不在此。我的观点是，这是蕴涵在时间检验中的，而且也是仔细阅读“法律的”文学作品所支持的观点。

▼
▼
▼

第二章

作为法律原型和文学类型的复仇

霍姆斯认为，法律起源于复仇。[1]我认为他的观点是正确的（我会在本章中给出一些证据）。法律根植于复仇在一些法律原则和程序上留下了印记，也表现在类似于校正正义和罪罚相适应这些贯穿法律始终的原则上。即使在今天，复仇的感情仍然在法律的运作中扮演着重要角色。任何一般性的法律理论如果没有注意到复仇就是不完整的。而且，复仇也是西方文学传统中一些最伟大的里程碑作品中的主题——荷马和古希腊悲剧家的作品，莎士比亚以及其他伊丽莎白时代和詹姆士一世时代的悲剧家的作品，克莱斯特（Kleist）、大仲马（Dumas）、梅尔维尔、福克纳（Faulkner）以及其他很多重要作家的作品。[2]对于复仇的文学描述可以让我们了解关于复仇的知识，以及与复仇相关或相对的法律和正义的问题；法律人和社会科学家对复仇进行的分析又可以让我们知道关于复仇文学的一些知识。

49

---

〔1〕 Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* 2 – 25（1881）.

〔2〕 关于一个最近的调查，请看 John Kerrigan, *Revenge Tragedy: Aeschylus to Armageddon*（1996）.

作为实践的复仇

我不是从出色的戏剧化作品开始，尽管它们将是我在本章所要讨论的主要文本；我开始的时候要概述一下复仇的逻辑，以及它产生的意义。我的概述使用的是理性选择的语汇（宽泛意义上的经济学），[3]但是它也与描述多种社会环境下的复仇实践的历史学和人类学文献相一致。[4]但是复仇的激情看起来好像是与理性的、工具性的思考对立的——因为它可能看起来是情绪化的、破坏性的和没有用的。它轻视了经济学家要求忽略沉淀成本，让过去的事情过去这一条戒律。在没有能够阻止侵犯者的法律救济时，潜在的受害人就会努力自我保护，但是自我保护的成本可能会极高——对于没有足够的财产用城墙和护城河、可信赖的卫兵等把自己包裹起来的人来说，自我保护实际上不可能。剩下的可能性就是在侵犯者让你成为受害人之后报复他。但是，如果你是一个“理性人”的话，那么你就会意识到自己所受的伤害是沉淀成本。不管你作为报复给侵犯

50

---

〔3〕请看，例如，Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, ch.8 (1981) ("Retribution and Related Concepts of Punishment"); Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation* (1984); Robert H. Frank, *Passions within Reason: The Strategic Role of the Emotions* 1–70 处处 (1988); Marla Radinsky, "Retaliation: The Genesis of a Law and the Evolution toward International Cooperation: An Application of Game Theory to Modern International Conflicts," 2 *George Mason University Law Review* 53 (1994) 使用理性行为的概念来更好地解释或理解小说中人物的行为，就像我将要在本章中所做的那样，对这个想法的辩护请看 Paisley Livingston, *Literature and Rationality: Ideas of Agency in Theory and Fiction* (1991).

〔4〕这种文献中的一些较好的例子有：Christopher Boehm, *Blood Revenge: The Enactment and Management of Conflict in Montenegro and Other Tribal Societies* (1984); David Cohen, *Law, Violence, and Community in Classical Athens* (1995); Stephen Wilson, *Feuding, Conflict and Banditry in Nineteenth–Century Corsica* (1988).

者造成怎样大的伤害，都无法消除你自己所受的伤害；你为报复所承担的任何危险或其他负担都只会增加你最初受到的侵犯对你而言的成本。报复的高成本会让侵犯者更加倾向于实施进攻，因为，如果他认为自己的受害人是"理性人"——冷静地平衡成本和收益，并且让过去的事情成为过去的人——那么他会推断出来，受害人很可能会决定不去报复，这种算计会降低进行侵犯的预期成本。

可是，在受害人的算计中，我忽略了报复因阻止未来侵犯所带来的潜在收益，但是，我这么做是因为现在的侵犯者可能会受到非常好的保护，以至于复仇的成本会超过因减少未来侵犯的概率所产生的收益。所以，想要阻止针对自己的侵犯，潜在受害人必须让潜在的侵犯者相信他会报复，即使侵犯发生后所计算的报复预期收益要小于那时的预期成本。换句话说，潜在的受害人必须让别人相信自己会在必要时以非理性的方式采取行动。让别人相信这一点可能是完全理性的：它可以阻止足够多的侵犯，从而产生一个收益，它要大于必须有时兑现自己实行报复之承诺的成本——而不管兑现这种承诺的成本有多大——即通过对侵犯者实施报复，而不是在受到侵犯后降低自己的损失。承诺可以是理性的，就像按规则行动而不是一直做出利益最大化的决定可以是理性的一样，或者像可以基于功利的原因而倾向于规则功利主义而不是倾向于行为功利主义一样。报复的承诺在法律上和政治上的类比包括：公司经理们有时会对恶意收购者采取自我破坏性的自卫措施，比如"毒药片"（poison pill），其结果可能导致收购者最终发现自己拥有的是一家负债累累的公司；或者美国和前苏联对于大规模核报复所持的承诺，这在《核战争狂》（*Dr. Strangelove*）这部电影中用"世界末日机器"进行了嘲弄性模仿。

在一个没有正式法律机构的社会之中，在定义上就不可能作出具有法律强制力的对侵犯者实施报复的承诺，这种承诺必须来自针对侵犯的本能上的或文化上的反射反应。在人类漫长的史前时期，

51

具有报复本能的人会比其他人更加趋向于在生存竞争中获胜，所以，对于真实的或想像的伤害复仇而不算计复仇时的净收益，这样的愿望已经成为人类基因构成的一个组成部分，[5]复仇的情绪性和普遍性就是这种推测的证据。

但是，使报复之威胁变得完全可信所要求的可能并不仅仅是本能。在一些文化中，复仇在社会交往规范中扮演着重要的角色，这些文化都特别强调荣誉（honor）。[6]羞耻是对丧失荣誉所产生的反应，它帮助人们克服恐惧，所以它使受害人在受到攻击或辱骂时更可能予以反击。从荣誉、耻辱和复仇的相互作用当中产生了交换、平衡、互惠、"记分"（keeping score）[7]这些概念——它们后来被法律采用，起初是在"校正正义"的标题下采用的。

进行复仇的基因冲动之上还有另外一层文化覆盖物，这就是大家庭（extended family）。在复仇社会当中，潜在的侵犯受害人必须有盟友，不然就没有对于谋杀的威慑。在只有原始政治结构的社会中，人们很自然会在自己的亲属中寻找盟友。在复仇社会中，亲属关系是如此重要，以致于没有亲属的人就像一个被放逐的人一样。在法律的早期发展过程中，法律的复仇根源能够清楚地表现出来，谋杀是纯粹私人性质的违法，纠正的方法是我们今天所称的意外致死的侵权诉讼，起诉者是谋杀被害人的亲属。当时，对于谋杀无亲

---

〔5〕 Robert L. Trivers, "The Evolution of Reciprocal Altruism," 46 *Quarterly Review of Biology* 35, 49 (1971); J. Hirshleifer, "Natural Economy versus Political Economy," 1 *Journal of Social and Biological Structures* 319, 332, 334 (1978).

〔6〕 关于荣誉同复仇之间的关系，请看 Frank Henderson Stewart, *Honor*, ch.5 (1994). Jon Elster, " Norms of Revenge," 100 *Ethics* 862, 883 – 885 (1990) 认为，是复仇产生于对荣誉的追求，而不是荣誉对复仇起辅助性的作用。对荣誉的强调会提高进行复仇的可能性——这就是它的作用，但是，即使是在并不培养传统意义上的荣誉感的社会中（比如我们的社会）复仇的情感还是很普遍。

〔7〕 Peter Singer, *The Expanding Circle: Ethics and Sociobiology* 39 (1981) 强调了补偿（repayment）同复仇之间的紧密联系。

属者不存在法律上的惩罚，尽管人们可能惧怕超自然的惩罚。[8] 个人几乎好像只因为嵌在一张亲属关系网中才存在。

亲属关系不但增加了潜在复仇者的数量，而且增加了潜在复仇目标的数量。通过这一点，它降低了复仇的成本。如果 X 杀死了 Y，则 Y 的家人可以决定杀死 X 的兄弟而不是 X 本人——可能这位兄弟不像 X 一样受到良好保护。而且，因为有了这种集体责任，人们就更有动力来管束自己的亲属，防止某个亲属的不当行为导致他们而不是他本人受到报复。

复仇的社会重视修辞技巧。即使你的亲属也可能不愿意为你拿自己的性命冒险，所以你必须要能够既让他们看到冒犯者的错误，又能够让他们相信，尽管报复一定有危险，但是它对于亲属团体的未来安全有着重要意义。

尽管这样的复仇就像法律一样成为一种社会控制的体系，而不是完全没有社会控制的表现，但复仇是一个高成本和拙劣的体系。首先，它妨碍劳动力的专业分工。它不是由一些人全职进行执法活动，从而让社区的其他人能够全职从事其他职业；相反，每个男人（因为复仇文化只给予妇女界线清楚的、附属的角色）都必须自己花一部分时间来作调查人、公诉人、法官、警察和执法者。复仇者的角色是个困难并危险的角色。每个男人都必须自己配备出色扮演这个角色所需要的技能和装备，而这会限制他从事正常生产活动的能力。而且，因为并不是每个人的能力都相同，所以复仇的责任可能会落到不是很适合进行复仇的人的头上。

复仇伦理还使大规模的协作很难出现。每一个人都会培养起自己的自尊，因为他懂得，越是让人们知道自己会对侮辱进行报复，

〔8〕 有关这两点，请看 S. C. Todd, *The Shape of Athenian Law* 272－273（1993）。但是托德（Todd）认为，根据古代雅典法律，可能会在与被害人没有关系的人的要求下对谋杀提起公诉，尽管这还不确定。同上，页 273。

别人就越不可能侮辱自己。过于自尊的人会难以同他人合作，过度发展的荣誉感会导致了疯狂的报复行为，就是这一点毁了裘利安·索列尔。“大规模”这个限制很重要，复仇文化在大家庭里能够培养起强烈的忠诚，但是，小团体中存在强有力的忠诚会阻碍对部落、对城邦或者对民族形成更大的忠诚。这好像就是柏拉图在《理想国》中对《伊利亚特》描写的阿基琉斯提出的反对意见。

报复行为会倾向于变得过于经常和过于野蛮，这既是因为这些行为源自情感，也因为复仇者是自己案件的裁判者，他对正确和错误的判断可能更倾向于自己的一面，在不存在侮辱的时候也能感觉到侮辱，或者认为，出于维持可信性的目的，他必须用最大的恶意来解释对自己的所有伤害。相关的一个观点是，复仇行为会产生世仇，当侵犯者会变成受害者的时候，他们被文化强化的复仇本能就会为针对自己的（可能是正当的）复仇行为激活，就会再次针对最初的受害者或该受害者的复仇者进行报复。[9] 这种反应特别有可能出现，因为——人们很善于把自己的行为理性化——侵犯者可能不会意识到自己是作恶者。复仇可能会针对侵犯者的家人而不是侵犯者本人（如果他躲起来或者受到了很好的保护），这个事实使侵犯者更可能逃脱惩罚，并且会把自己看成有义务进行复仇的受害者。此外这会削弱大的社区，同时更加强化家庭。

作恶者逃脱即刻惩罚的可能性可以产生破坏性的、无休止的两代人之间的复仇，最初的受害人的后裔会追杀最初的侵犯者或他的后裔，然后再反过来。但是血族复仇这种复仇机制并不能解决家庭成员之间的犯罪案件；父亲杀死自己儿子或者儿子杀死自己的父

〔9〕所以奥德修斯表达了这种担忧，即，如果他杀死了求婚者，那么求婚者的家人会为他们复仇，并且实际上需要解围之神来防止这一情况的发生。《奥德赛》，第20卷，行42－43；第24卷，行531－540。

亲，他们都是这些犯罪的天然复仇者 《裴欧沃夫》（*Beowulf*）* 就包含了对在这种情况下复仇之缺点的悲叹。 《俄狄浦斯王》（*Oedipus Tyrannus*）的情节围绕着一个变通的"执行"方法——俄狄浦斯弑父和乱伦的罪恶导致了底比斯城受"污染"遭报应

要使复仇的威胁成为有效的威慑，那么受害者和入侵者的自然心理倾向必须有某种倒转。假定的受害者必须不动摇地承诺就自己所受侵害进行猛烈的复仇，而不管代价多大；而假定的侵犯者必须理性地算计侵犯他人的成本（这包括被害人报复的可能性），从而小心地自我控制。这样，依赖复仇取得正义可能会产生过少的惩罚，也可能产生过度的惩罚 这其中的另外一个原因是，复仇依赖于愤怒——这种感情保证我们会履行自己基因—文化的复仇承诺，而不管现在的成本收益比。因为平常人的愤怒很快就会消失，因此复仇可能不会提供足够的驱动力去追踪和惩罚——可能会有很高的时间成本和危险成本——一个未被迅速抓到的侵犯者 所以，复仇体系鼓励无法平息的愤怒、心怀怨恨和对自己敌人的仇恨。

这些观察支持了一个观点，即复仇不利于大规模的合作。复仇鼓励了培养某些感情，比如愤怒、敏感、不宽恕，以及最重要的，在受到侮辱时不要"理性地"行为；这些感情阻碍了出现像市场经济这样的社会协作。协作依赖于人们愿意对自己的愿望进行妥协（市场把我们对货物和服务的主观评价转化为确定的价格），并且因此接受限制性和相称性作为社会交往的基本规范 54

但是，即使在现代资本主义社会中，复仇仍然是对正式法律执行的一个重要补充。以正当的愤慨和有理由的愤怒形式出现的复仇推动着犯罪受害者及其家人协助抓获并且处罚罪犯——这其中很少存在金钱的驱动力。并且它还威慑了一些很小的侵犯和侵害，包括从粗鲁对待朋友和家庭成员到政治领袖不遵守自己的诺言，这些事

* 一首英雄史诗，创作于公元8世纪早期，作者不详 ——译者

情小得无法启动法律那笨重且昂贵的惩罚机器，但是它们累积起来却代价很大。总是逆来顺受的人在我们社会中或任何其他社会中都不会兴旺发达。但是很难找准荣誉感过度与没有荣誉感两者的中间线。荣誉感高度发达的社会，比如传统的美国南部或者今天美国的城市中心，尽管其广为人知的对侮辱进行报复的意愿具有威慑作用，但是这些社会在总体上讲要比不那么重视荣誉的社会更具有暴力性。[10]对荣誉的专注会产生一种敏感，它能在没有侮辱的时候也感觉到侮辱。

一旦我们走出复仇体系本身的道德框架，我们就会发现，从道德的视角看，以复仇求得正义是一种很粗糙的办法。不但惩罚与所造成的损害之间没有系统的比例关系，而且不管有无主观过错都会施行惩罚。因为没有分化出单独的制定和适用法律规则的机构，所以，以复仇形式出现的司法没有办法区分有罪的伤害和有免责理由的伤害，甚至无法发展出这种区别。所以责任倾向于成为绝对责任，复仇者同最初的侵犯者同样“有罪”。复仇形式的司法具有的这种特征使血族复仇变成符合逻辑的，而不是不合情理的。复仇是一种责任；并且，因为复仇者的行为与最初侵犯者的行为同属一种错误，所以这一行为在复仇者的受害人身上也施加了相同的复仇责任。

复仇体系暗含着不稳定的因素。一个人的亲属团体越大，他就会越少受对报复之心理恐惧的节制，[11]所以大家就会相互竞争组成足够大的保护性团体，以不被任何人或者他的亲属压倒；假想的亲属关系也可以用来扩大这个团体，扩大到它“天然”界线的范围

55

[10] Richard E. Nisbett 和 Dov Cohen, *Culture of Honor: The Psychology of Violence in the South* (1996)、esp.pp.88－91；David Hackett Fischer, *Albion's Seed: Four British Folkways in America* 892 (1989).

[11] 请看 Boehm，上注〔4〕，页 168。

之外。冰岛传奇是我们了解有关复仇社会运作方式的重要文学来源，这些传奇描述了这种转变过程。[12]冰岛从前并没有人居住，公元10世纪时挪威人进入了冰岛，在其后的三百年里，冰岛人依靠原始的政治和法律体系来生活，其中复仇是合法的，并且是公共秩序的根本基础。冰岛一直到独立结束、挪威开始扩张时才面临了入侵的威胁，在那之前，大规模保护性团体没有什么收益，成本却非常大。这个国度的贫穷使任何人都很难维持一大群封建采邑式的为换取食宿而向自己的领主提供武力的扈从。因为没有这种武力，所以权贵们只可以向社会中其他人提供很少的保护。很少，但并不是一点也没有，因为当时存在着族长，只是他们所能支配的力量很小——只有十来个成天照看自己的畜群、勉强抽出个把下午的亲属、随从和依附者，这就限制了他们执行一件件复仇任务的力量，没有人能够为整个社会提供社会秩序。

社会需要有经济剩余才能维持专门从事强迫工作的专业人员。在冰岛独立期将近结束的时候，罗马天主教会终于能够从人民那里收取相当多的税收了，但是教会无法使大部分税收不落入几个主要族长的金库。他们中有六个积聚了足够的力量，能够进行一定规模的内战，这时，人民很情愿向挪威国王请求保护，而冰岛的独立就此结束了。[13]内战并不是不可避免，并不是所有的军备竞赛都会导致战争，但是，当取得政治权力垄断的潜在收益非常巨大并且看起来可行的时候，一次错误的算计就能导致战争。所以这是复仇作为有效威慑所存在的又一个问题：它依赖于你对侵犯的潜在受害者的力量和意志有精确的算计。

---

〔12〕 请看 William Ian Miller, *Bloodtaking and Peacemaking: Feud, Law, and Society in Saga Iceland* (1990)，在 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, ch.14 (1995) 中进行了讨论；也请看 Theodore Ziolkowski, *The Mirror of Justice: Literary Reflections of Legal Crisis*, ch.3 (1997).

〔13〕 Thráinn Eggertsson, *Economic Behavior and Institutions* 309 – 310 (1990).

所有这些并不是说复仇是一个不好的司法体系，好坏都取决于有无其他选择。《奥德赛》就把复仇描述得完全正常和相当合理，而读者并不为复仇不对称所困扰，在奥德赛杀戮几十位求婚者并绞死那些与他们睡过觉的女仆的时候，读者为之感到兴奋。在《奥德赛》的世界里并不存在其他的司法体系，就像在冷战时期，世界和平只能通过复仇来维持，并且实际上是被苏联的一种确信所维持，即美国会对核攻击予以同等的报复，哪怕这种核攻击会把美国摧毁到只剩下几个人，并且实施报复没有任何收益。

56

国家或其他有组织的社区能够代替被侵犯的受害者及其家人承担抓获和惩罚侵犯者的责任，但是，即使在这种情况出现之前，也还是出现了一些习惯来减轻复仇实践存在的一些问题。其中一个就是报应原则，也就是对侵犯要予以完全对等的报复——以眼还眼。当年报应并不具有这个词今天具有的那种嗜血成性的含义，相反，它降低了可能产生世仇的那种过度反应（以你的生命来偿还我的眼睛）的概率。[14] 另外一个节制的原则是"赎罪金"（血锾、赎杀金），在这个原则下，受害者或者受害者的家人必须，或者至少是被鼓励接受某种伤害赔偿金，从而使侵犯者不再承担责任。对于整个社会来讲，金钱或者货物转移的成本要小于暴力行为的成本，与仅仅把财富从一个人转移至另外一个人相比，暴力行为不但会产生社会的净损失，而且可能会触发进一步的暴力。而且，赎罪金能够培养市场的价值观（它是一种贸易），还能培养更为广泛的合作伦理。还有一种节制的制度就是双向亲属关系。冰岛人通过父亲和母亲两个方面计算亲属关系（很多社会仅计算父亲一方，而有一些社会仅计算母亲一方）。这不仅仅提高了复仇的可信度，因为它通过加强家族来威慑侵犯；而且它还使争议者更可能在争议两边都有亲属关系，处于争议双方的中间，这些亲属自然会努力在争议者之间

〔14〕 这是 Axelrod，上注〔3〕，的一个主要的主题；请看，比如，页 121－122。

进行调解。《伊利亚特》还提示了进一步的可能性，即怜悯和同情也可以限制复仇的野蛮性。

随着集权化执法制度的出现和成长，尽管复仇受到报应、赎罪金或者同情这些原则的限制，但它开始趋向于被认为是一种过时的和具有破坏性的激情，尽管还不是所有地方的所有人都一直这么想。报应的效果不是很好，因为并不是所有的错事都可以予以报应；例如，诽谤，或者在受害人和侵犯者的情况不一样的情况下（例如，只有一只眼睛的A弄瞎了B的一只眼睛），就无法进行报应。如果侵犯者不是每次都会被抓住和惩罚，那么报应的威胁就不足以威慑侵犯，因为，如果把他所有的惩罚和所有的犯罪加起来，惩罚的总量并不等于犯罪的总量。而且，在开始和进行复仇的极其情绪化的情况下，很难坚持有限制的报复，也很难接受金钱或货物对侵犯予以和解。

这样，不但在伦理上而且在法律上，人们都不再赞成复仇，自己亲手执法也成了一种犯罪。人们采取了一些做法，把复仇的感情 57 引导到社会破坏力更小的渠道上来了，比如让受害人在法庭诉讼，让他作为民事诉讼的原告或刑事诉讼的检方证人，而不是私自复仇。（当然，私人诉讼中取得的赔偿可能会像根据习惯法可取得的赎罪金一样，无法平息复仇的欲望。）不是由受害人及其亲属复仇而是由无切身利益的人施加报应，其优点就像我们将看到的在《哈姆莱特》中表现得很明显。但是，如果法律的救济无法实现，那么就会趋向于爆发复仇，比如在作恶者控制了法律机器（又是《哈姆莱特》）或者高于法律，或者公共执法非常羸弱的情况下就会是这样。

从复仇向公共执法进化的中间阶段包括了决斗，[15]以及与之密切相关的通过战争进行的审判，还有仪式化的中世纪战争，[16]它们像报应一样，通过给争议建立一个天然终点来避免世仇。通过战争进行的审判导致了现代的审判——它也是一种形式的战斗；但是，在更加珍视生命和身体完整的情况下，现代审判的成本要低得多，而且更可能得到精确的结果。决斗规则的发展使决斗逐渐变得更不可能导致死亡，这进一步证明了复仇到法律的演化具有经济化特征。

我简化了这个过程。世仇、决斗、通过战争或神明进行审判以及"理性的"诉讼很长时间内都同时存在。[17]特别是在贵族圈子里，在基本的现代法律体系出现之后很长时间内仍然存在着决斗。美国黑帮文化中的复仇规范就是一个类似的现象。贵族和黑帮不愿意或者不能把自己的争议提交给正式法律体系，因为它"属于"不同的社会和政治阶级。

58

就像我已经暗示过的，法律疏导了复仇而不是消灭了复仇——

[15] 有关一个出色的个案研究，请看 R. S. Radford, "Going to the Island: A Legal and Economic Analysis of the Medieval Icelandic Duel," 62 *Southern California Law Review* 615 (1989)；也请看 Eric Posner, "Law, Economics, and Inefficient Norms," 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1697, 1736 – 1740 (1996)，以及其中引用的资料。《伊利亚特》第 3 卷中墨涅拉俄斯（Menelaus）同帕里斯（Paris）之间的决斗就是试图（但在这里却没有成功）用低成本决斗来代替全面复仇的例子。也请看 Bertram Wyatt - Brown, *Southern Honor: Ethics and Behavior in the Old South* 352 (1982).

[16] "莎士比亚［在《亨利五世》中］和当时的资料对阿金库尔（Agincourt）战役的看法是，它是一个由法律诉讼发展来的通过战争进行的审判，会达到正义。" A. W. B. Simpson, "The Agincourt Campaign and the Law of War," 16 *Michigan Journal of International Law* 653, 656 (1995).

[17] 请看，例如，*The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe* (Wendy Davies and Paul Fouracre eds. 1986).

法律取代复仇是作为一种制度而不是作为一种感情。[18] 在早期罗马法中，就像在盎格鲁-撒克逊和早期日尔曼法中一样，当场擒获的小偷（“明显盗窃”[manifest theft]）会被判死刑或被卖为奴隶，但是，如果他是在逃脱之后才被抓获（“非明显盗窃”[nonmanifest theft]），惩罚则会轻些。[19] 如果从严格的威慑或报应的观点来看，这种处罚方式让人难以理解，[20] 但是如果按照复仇的思路去理解刑法，就非常容易理解了，因为随着时间的流逝，复仇的欲望也会降温。

校正正义——即认为法律制度的任务应该是恢复人们之间事先存在的平衡关系——反映了因自己的权利受到侵犯而引起的、可能导致复仇的愤怒感情。但是获得校正正义的权利是在个人层面而不是团体层面上理解的；这里没有家庭的位置。这并不是偶然的。校正正义概念的一个核心因素就是在解决争议时不管当事人的身份。使国家和正式法律获得合法性的社会契约用校正正义代替了作为司法的复仇，因此社会契约并不是一种能克服人类自私本性和一盘散沙的个人主义的方法，而恰恰是它的对立面。复仇不是一种自私的感情，复仇道德会培养对家庭和小团体的强有力的忠诚。国家则创造了一种环境，在这种环境下自私的行为不会危及社会秩序。作为一个集体，国家是敌视其他与之竞争的集体的。

中世纪冰岛的原始政治制度就例证了复仇和法律之间的关系。在那里，正式的政府机构只有法院和一个议会，其工作人员全都是普通公民而不是专业人员。实际上，那里只有陪审员而没有法官，也不存在上诉。议会的议长是冰岛惟一拿薪水的官员，那里基本不

59

[18] Cohen，上注[4]，特别是第5章，强调了法律同复仇之间的连续性——诉讼常常导致其他方式的世仇。

[19] Henry Sumner Maine, *Ancient Law* 387 - 388 (1861).

[20] 但并非完全没有意义；在罪犯被当场抓住的情况下，对罪行的怀疑更小，这能够降低酷刑的错误成本。

存在税收，议长的薪水来自于结婚费。最关键的是，那里的政府没有行政部门，所以没有治安官、警察、士兵或者公诉人。所有的法律诉讼，包括刑事诉讼，都由个人起诉。如果有司法判决，也全都是由私人执行的，这是政府最小化艺术中更伟大的发明——因为一些无法称作无政府的社会，包括古代希腊和罗马以及盎格鲁－撒克逊时代的英格兰，都把刑事案件的起诉留给私人提起。[21]

冰岛人都是很高明的业余律师。他们的法典非常复杂、明智，而他们其余的文化却非常简单和单调。（尼嘉是最著名的同名传奇中的主人公，他就是这样一位业余律师。）冰岛用于查明事实的程序要比其他中世纪法律体系使用的程序更理性，很少依赖超自然的方法，但在救济方面，这个体系却很呆板。除了对最轻微的违规（其处罚是一个固定数额的罚款）外，冰岛法院的判决只有两种，剥夺公民权，这会使一个人成为真正意义上的不合法的人（outlawry）——任何人都可以杀死他而不必承担责任，以及放逐，这意味着要流放到冰岛以外 3 年。世代复仇是合法的，私人仲裁也合法，一个争议可以由争议各方提交他们选定的某个人或多个人做出具有拘束力的决定。呆板的法律救济使仲裁比正常诉讼更具吸引力。仲裁人可以罚款或者发出我们所称的衡平令状，它们会适合案件具体情况的需要。对于拒绝遵守仲裁判决的行为，可以像其他严重犯罪一样予以处罚。

甚至连世代复仇也受到规范的管制，例如，杀死被剥夺公民权的人，对此行为不得复仇，也就是不得引起世仇。尽管没有正式的惩罚，这些规范还是在一定程度上得到遵守，尽管还远不是完全遵

---

〔21〕 请看，例如，Cohen，上注〔4〕，处处；Todd，上注〔8〕，页 272－273；Douglas M. MacDowell，*The Law in Classical Athens* 237－240（1978）. 对英美法律体系中私人刑事起诉历史的概述，请看 Harold J. Krent，"Executive Control over Criminal Law Enforcement: Some Lessons from History，" 38 *American University Law Review* 275，290－295（1989）.

守。(我们不清楚这些规范的来源，也不知道其规范力的渊源。)就像我所解释过的，当时的亲属关系非常复杂精致，这也恰恰是我们在一个法律最终依赖于世代复仇的体系中应当预期的。

法律在冰岛血亲复仇体系中所起的作用类似于石墨棒在核反应堆中心所起的作用：降低连锁反应。(双向亲属关系也起了同样的作用。)法律判决确实不能自动执行，所以，如果被定罪的被告蔑视判决，那么原告就必须动员自己的亲属来执行判决，就好像他因这一引发诉讼的罪行而直接报复被告一样。但是法律判决可能有足够的说服力，使原告更容易动员自己的亲属，并且也会使被告的潜在同盟者更容易借故推辞，这样就使被告受到孤立，这也就证明了原告决定诉诸法律而不是打斗是正确的。

古雅典有着类似于传奇中的冰岛的法律体系。对于像谋杀和叛国这样严重的犯罪都由私人("指控人"[denouncers])提起和进行公诉，并由随机选出的公民委员会进行审判。不存在专业法官，也没有上诉；没有真正意义上的律师，尽管诉讼当事人会请修辞家为自己写讲稿。刑事判决由公共官员执行，这点与冰岛的程序不同，而且陪审团也要大一些。还有其他的区别，但是相似的地方非常显著，其中甚至包括经常以放逐作为惩罚，以及，像大卫·科恩(David Cohen)强调的，倾向由"存在世仇的"小集团进行冗长且重复的诉讼。[22] 但是荷马史诗中所描述社会更加类似于传奇中的冰岛(我在此不讨论如何区分文学材料中的事实与虚构的问题，这个问题在冰岛的传奇中也一样存在)，荷马史诗中描写的只有非常原始的政府机构，并且与冰岛传奇一样强调复仇是社会秩序的基本原则。其他基本上无政府的政治体制也以同样的方式运作，比如加利福尼亚淘金热中涌现的采矿社区就要在几乎不存在政府权威的时

60

---

〔22〕 Cohen，上注〔4〕。对雅典法律的详尽描述，请看 Todd，上注〔8〕。

间和地点来维持秩序。[23]

复仇文学

古希腊和英国文艺复兴时期的文学作品都非常着迷于复仇的主题。埃斯库罗斯（Aeschylus）的《俄瑞斯忒亚》（*Oresteia*）的情节就基于一个复仇故事，即阿特柔斯（Atreus）王室的传说。[24]在报复阿特柔斯对自己所犯之罪的过程中，堤厄斯忒斯（Thyestes）对自己的兄弟阿特柔斯做下了错事。阿特柔斯邀请堤厄斯忒斯来参加一个宴会，假装为了和解，宴会上阿特柔斯杀死了堤厄斯忒斯的儿子，并让这位不知情的父亲吃他们的肉。（塞涅卡［Seneca］的悲剧《堤厄斯忒斯》就以可怕的细节描述了宴会的场景。）但堤厄斯忒斯有一个儿子没有死——他就是埃癸斯托斯（Aegisthus）。（在 61 这个传说的另一些版本里面，他是堤厄斯忒斯的孙子而不是儿子。）埃癸斯托斯杀死了阿特柔斯，并且驱逐了阿特柔斯的儿子阿伽门农和墨奈劳斯（Menelaus）。阿伽门农和墨奈劳斯又最终重新取得了权力。但随后他们就去参加特洛伊战争——这本身就是一场因为帕里斯（Paris）勾引墨奈劳斯之妻海伦而引起的复仇战争。当他们不在的时候，埃癸斯托斯成了阿伽门农妻子克莱登妮丝特拉（Clytemnestra）的情人。她也有着自己的愤懑，因为在去特洛伊的路上，阿伽门农为了平息阿特米丝（Artemis）女神而牺牲了他们的女儿伊芙琴尼亚（Iphigenia）。当阿伽门农最终从特洛伊战争返回

---

［23］请看，例如，Robert C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*（1991）；Gary D. Libecap, *Contracting for Property Rights*（1989）.

［24］关于这个传说的完整描述，请看 Timothy Gantz, *Early Greek Myth: A Guide to Literary and Artistic Sources*, ch.15（1993）.

时，埃癸斯托斯和克莱登妮丝特拉杀死了阿伽门农。为了给阿伽门农复仇，阿伽门农的儿子俄瑞斯忒斯（Orestes）又杀死了埃癸斯托斯和克莱登妮丝特拉。俄瑞斯忒斯受到了复仇女神的追捕，因为如果不是俄瑞斯忒斯杀死了自己母亲，那么俄瑞斯忒斯本人就有义务为他母亲被谋杀复仇；俄瑞斯忒斯最终因谋杀自己母亲受到古雅典最高法院的审判，并被无罪释放，主审法官是雅典娜女神。复仇的循环被打破了，因为没有人为埃癸斯托斯复仇。实际上，《欧墨尼得斯》，即《俄瑞斯忒亚》的最后一部剧，把古希腊最高法院——它因为是古典世界中第一个正式法院而著称——的建立归咎于结束循环复仇的愿望；这样，复仇与正常刑事司法机构的缺失之间的关系就变得显而易见了。如何让独立城邦国家中的显赫贵族人物服从这些机构，这个问题通过由雅典娜女神担任主审法官得到了解决，但这个问题直到今天在国际"社会"中仍持续存在。直到审判之前我们都一直认为，尽管俄瑞斯忒斯杀死克莱登妮丝特拉有正当理由并且无法避免，但他仍然会遭到复仇，就像我们一直认为阿伽门农必须因牺牲自己的女儿而被杀死一样，尽管他是为了特洛伊战争必须这么做——这个战争是宙斯命令进行的。因此俄瑞斯忒斯也会受到复仇女神的追捕。而且，不要忘记，尽管《奥德赛》把奥德修斯（Odysseus）对求婚者的复仇描写为完全有理由的，但有一点还是不言自明，即，如果不是因为雅典娜的干预，求婚者的家人就有义务为他们复仇（第24卷，行531－548）。

由于在复仇过程中，伤害不论有多么合情合理，都要承担毫不妥协的严格责任，因此我们就不奇怪为什么早期的法律体系（其中法律根源于复仇仍然很明显）要比现代的法律体系更加依赖于严格责任。俄狄浦斯犯了弑父罪和乱伦罪，因此必须受到可怕的惩罚，尽管他无法知道自己杀死的男人就是自己的父亲，而他与之结婚的女人就是自己的母亲。俄狄浦斯所受的惩罚是对人类状态的一个有效象征。我们常常在对可能的后果一无所知的情况下行动并因此受

苦，换句话说，我们可能会因为“无辜地”或，在阿伽门农的例子里，有正当理由地（或至少是被迫地、不自愿地，并且在现代的法律体系中常常会被原谅的）违反了事物的秩序而“受到惩罚”。《俄狄浦斯王》中暗含的责任体系，就像《俄瑞斯忒亚》中的一样，在现代的法律观点看来很粗糙，但这种粗糙性与其戏剧化的有效性密不可分。绝对责任使法律成为必要性——压制人们、粉碎他们梦想的外部世界——的更有力象征。就像在《俄狄浦斯王》中一样，在“自然”与“法律”没有清楚区分的时候，这一点就更为真确了。[25]

我们不应该夸大《俄狄浦斯王》中的世界同我们的世界在伦理上的差异。伊俄卡斯达（Jocasta）自杀了，俄狄浦斯弄瞎了自己的眼睛，但这些都是憎恶和懊悔的后果，而不是一种惩罚。惟一清楚要求的惩罚就是俄狄浦斯要离开底比斯城，否则的话，瘟疫就会持续下去。如果一个现代官员在不知道或者不应该知道的情况下犯下了俄狄浦斯的罪孽，我们并不会正式地惩罚他，但是，我们必须问一问，如果类似的真相被公开，那么这位现代官员的任期会发生什么变化，就更不用说他或他妻子/母亲的心理状态会发生什么变化了。如果，像阿伽门农一样，一位现代军事或政治领导人为了更大的社会利益杀死了自己的女儿（电影《失败的安全》［*Fail Safe*］就在原子时代探索了这个主题），我们会感到非常憎恶，即使我们认为这位领导人这么做有正当理由（可能他下令轰炸一个集中营，尽管他知道自己的女儿就关在那里）。康德哲学的道德观是对个人而不是对行为进行判断，所以把错误等价为过失；但康德哲学并不是我们的全部道德观。如果两位司机开车时同样不小心，其中的一个发生了事故撞伤了人，而另外一位却没有，那么第一位司机会遭受更多的道德和法律谴责，尽管这两位司机的行为，有别于这些行

〔25〕请看 Lloyd L. Weinreb, *Natural Law and Justice*, ch.1 (1987).

为的结果，具有相同程度的过失。“主宰我们生命故事的权威是我们做过的事情，而不单单是我们有意做的事情。”[26]

我们对此迷惑不解；在写于多年之后的《俄狄浦斯王》续篇《俄狄浦斯在科罗努斯》（*Oedipus at Colonus*）中，俄狄浦斯也同样迷惑不解。关于责任的概念可能是不断变化的，因为后一部戏剧暗示，严格责任同基于个人过失的责任之间存在着道德上的区别。在科罗努斯，俄狄浦斯声称自己在道德上是无辜的，这是因为自己没有预谋，甚至也没有疏忽，并且，作为这种无辜的结果，或者说部分结果，他死在雅典的土地上，并成为对雅典的祝福，而不是我们所可能预期的那样成为对雅典的诅咒。一种刚刚出现的对于自由意志的感觉——自由意志是区别作为责任基础的原因和过失的一个很有影响的基础[27]——也变得很清楚了，它表现在三个诅咒间的区别，第一个是在前一个戏剧中毁灭俄狄浦斯的咒语，第二个是俄狄浦斯针对当时尚不为人知的杀死他父亲的凶手的诅咒，第三个是俄狄浦斯在后一个戏剧中对他的儿子波吕尼刻斯（Polynices）的诅咒。俄狄浦斯无法逃脱对自己所作的无心诅咒的后果，但是波吕尼刻斯只要放弃进攻底比斯城就可以逃脱俄狄浦斯的诅咒的后果。（这一进攻的灾难性后果是《安提戈涅》描写的对象，我将在下一章讨论。）波吕尼刻斯拒绝了这条逃脱的路线，因为他会在自己的弟弟、守卫底比斯城的厄特俄克勒斯（Eteocles）面前很没面子，

63

[26] Bernard Williams, *Shame and Necessity* 69 (1993). 也请看 Williams, “Moral Luck,” 载于他的书 *Moral Luck: Philosophical Papers 1973 – 1980* 20, 28 – 30 (1981); Robert B. Pippin, “Morality as Psychology, Psychology as Morality: Nietzsche, Eros, and Clumsy Lovers,” in Pippin, *Idealism as Modernism: Hegelian Variations* 351, 367 – 368 (1997)

[27] 但并不是惟一的基础。就像霍姆斯强调的，作为侵权法中有关过失的核心概念，疏忽具有严格责任的因素，因为疏忽的概念是个客观概念；疏忽是没有采取平常人的谨慎，而不管被告是否有能力采取那种程度的谨慎。如果他没有这种能力，那么，让他因疏忽而承担责任的效果就是使他在法律上对自己无法避免的事故负责，而这就是严格责任。请看 Holmes，上注[1]，第3讲。

所以，可以说他是选择了自己的命运，并因此在俄狄浦斯无罪的那个意义上他是有罪的。

但是，即使在前一个戏剧中，以及在《俄瑞斯忒亚》中，我们都感觉到一种退缩，即不再惩罚那些仅仅不够走运的主观无辜者。俄狄浦斯不够虔诚，他试图逃避自己的命运，就像他自己清楚知道的那样，他在出生时就被预言会弑父娶母；因为受自负的局限，他不知道自己是一个弃儿。阿伽门农杀死伊芙琴尼亚时的愤怒，以及他接受克莱登妮丝特拉的邀请踏着紫色地毯走进宫殿（最初的“红地毯待遇”）时的不敬——好像他高贵得不能接触令人崇拜的土地一样，这些都说明他并不仅仅是一个不情愿的犯法者。[28]

《欧墨尼得斯》中对俄瑞斯忒斯的审判戏剧化了从以复仇来执行的绝对责任体系到基于类似现代意义的过失法律责任这一过渡。[29]在受到复仇女神追捕的时候，俄瑞斯忒斯向阿波罗神寻求庇护，因为当初是阿波罗神鼓励他杀死自己母亲的，俄瑞斯忒斯认为自己因为做了一件神所要求的事情而受到惩罚是不公正的。阿波罗神也同意，并且想出了审判的办法（“第一个流血的审判，”就像雅典娜女神所说的，行 694），以解决过失的问题；其中除了出现了神以外，审判程序几乎就是公元前五世纪的雅典审判程序。复仇女神认为，如果克莱登妮丝特拉应该因杀死自己丈夫而受惩罚（这当然是俄瑞斯忒斯为自己辩护的前提），那么俄瑞斯忒斯杀死自己的母亲也应受惩罚。人们可以立即想到的回答是，杀死克莱登妮丝特

64

---

〔28〕 Martha C. Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy* 35-46 (1986). 当然，按照现代的观点，因为不具有值得别人学习的品行就被处死是一种过于严厉的刑罚。

〔29〕 有关对这一审判的很好讨论，以及对于《俄瑞斯忒亚》中的法律、正义和复仇这些主题的更一般的讨论，请看 Michael Gagarin, *Aeschylean Drama*, ch.3 (1976); Lois Spatz, *Aeschylus*, ch.5 (1982); David Cohen, "The Theodicy of Aeschylus: Justice and Tyranny in the *Oresteia*," 33 *Greece and Rome* 129 (1986).

拉是有正当理由的，因为这是对她行为的惩罚，因此执行这一惩罚的人不是谋杀犯。但是，克莱登妮丝特拉认为自己的行为是对阿伽门农杀死他们女儿的惩罚，这也有一定的正当理由。所以，俄瑞斯忒斯必须论证阿伽门农杀死女儿有正当理由（这是一种“目的正当可以不择手段”类的不太好的论证），或者是更为微妙地论证，克莱登妮丝特拉的行为不但是谋杀而且是篡权，从而具有政治含意，使她的行为变成了对阿伽门农之错误行为的一种过分惩罚。

俄瑞斯忒斯采取了不同的策略。他诘问复仇女神，她们为什么不惩罚克莱登妮丝特拉，否则他也就没有必要让她流血了。她们回答说，她们只惩罚杀死血亲的人——只惩罚杀死自己母亲的儿子，而不惩罚杀死自己丈夫的妻子。[30] 这个回应使俄瑞斯忒斯的支持者阿波罗神有了插话的机会，他的辩驳说服了雅典娜女神，从而使俄瑞斯忒斯最终无罪释放。[31] 阿波罗神说，其实俄瑞斯忒斯并不是克莱登妮丝特拉的血亲，因为母亲仅仅是父亲的孩子的保育箱，父亲才是惟一的真正亲本。现代的读者会难以相信，会问希腊人怎么可能没有注意到母亲同孩子在外貌上相似，这表明（并不需要任何基因学的知识）母亲与父亲是同等的亲本；但这并不能表明这一点，因为环境加基因的因素才决定了生物体的构成，葡萄酒的味道就会受种植葡萄的土壤的影响。在现代科学出现之前，人们认为母亲在怀孕期间看到的东西都会对后代产生决定性影响，在我们讨论《威尼斯商人》的时候也会看到这样的一个例子。持这种观点的人会很容易相信，即使母亲仅仅是父亲的复制品的保育箱，子宫的环

〔30〕那么，她们为什么不因为阿伽门农杀死了自己的女儿而追捕阿伽门农？我在这三部悲剧中没有找到答案。

〔31〕或者是半数票同意，如果陪审团是由11个雅典人加上雅典娜女神组成的；或者是多数票同意，如果陪审团是由偶数的雅典人加上雅典娜女神组成的——但究竟是哪种情况并不清楚。

境也会影响孩子的外表。[32]

阿波罗神的论证在其戏剧语境中很有力量。它紧随着复仇女神说自己只惩罚杀死血亲的人，对复仇女神之权力的这种限制并不完全是任意的。就像我在前面提到的，家庭内部的谋杀会给为家庭成员复仇之责任体系带来严重问题，因此才需要有超自然的机构来对这种谋杀予以复仇。而在《俄瑞斯忒亚》中，复仇女神就是这种机构，它对应着《俄狄浦斯王》中阿波罗神散发的瘟疫。但是，复仇女神把姻亲排除在自己的管辖范围之外，这给姻亲创造了逃脱的机会。克莱登妮丝特拉可以杀死阿伽门农而相对来讲不会受到惩罚，因为她知道复仇女神不会惩罚自己，并且她也希望他们的孩子，即阿伽门农的自然复仇人，会因为知道复仇女神将惩罚他们而不敢为阿伽门农进行复仇。

在技术细节上坚定不移的诉讼人也会让对手做同样的事情。复仇女神主张了一个在当时情况下很武断的区别，即血亲同姻亲之间的区别，这就让阿波罗神也能在男性亲本同女性亲本之间进行技术性的区分。她们在法庭辩论中搬起石头砸了自己的脚，她们让阿波罗神一箭双雕：他缩小了女人在繁衍后代中的作用，这使阿伽门农因杀死伊芙琴尼亚所犯的过失看起来要轻于克莱登妮丝特拉杀死阿伽门农所犯的过失，并且也把弑父同弑母区别开来了。

---

〔32〕 请看 Lesley Dean - Jones, *Women's Bodies in Classical Greek Science* 149 n.8 (1994). 迪恩 - 琼斯（Dean - Jones）指出，阿波罗神的基因理论即使在公元前 5 世纪的雅典也只是少数派的观点，尽管后来亚里士多德采用了这个观点。就像《欧墨尼得斯》结尾时对复仇女神（她们是女性）的贬抑，以及把克莱登妮丝特拉写成独自杀死了阿伽门农（而不是像在之前大多数戏剧中所描写的那样与埃癸斯托斯一同杀死阿伽门农，请看 Gantz, 上注〔24〕，页 664 - 675），阿波罗神的理论好像是意图去除女人获得公民权利的任何基础，这些权利与女人作为抚育后代者的角色没有联系。请比较 James Redfield, "Homo Domesticus," in *The Greeks* 153, 162 (Jean - Pierre Vernant ed.1995)："通过把妇女性的力量引导至遗传目的，婚姻限制了那种力量，并且从而既保护了公民的秩序也保护了同神的恰当关系。"

同基于法律原则和公共政策的复杂、雄辩且符合逻辑的论证相比，基于法律技术细节的论证，比如阿波罗神在《欧墨尼得斯》中的论证和鲍西娅（Portia）在《威尼斯商人》中的论证，更具戏剧性，所以也更适合虚构的文学作品。技术细节让人眼花缭乱、惊讶不断，满足了受众对于法律真实形象的预期，并且较为容易陈述。如果埃斯库罗斯把这个审判写成对各种论证的优缺点以及各种合理或可原谅的杀人概念的严肃探讨，那么《欧墨尼得斯》就会成为一部无聊的戏剧。文学作品有戏剧性的需要，这就是读者为什么不应过多希望在文学中找出实际法律内容的原因之一。

古希腊以来最伟大的复仇文学作品是《哈姆莱特》。[33]在莎士比亚的《哈姆莱特》出现之前还有另一部《哈姆莱特》，已经失传了，还有基德（Kyd）的《西班牙悲剧》（*The Spanish Tragedy*），它同《哈姆莱特》有很多相似之处，尽管《西班牙悲剧》中的复仇者希艾罗尼姆（Hieronimo）是受害人的父亲而不是他的儿子。希艾罗尼姆的问题是，尽管他是一位西班牙将军并且在这个国家有权有势，但杀死自己儿子的、也就是自己想要杀死的人——洛伦佐（Lorenzo）——是西班牙国王的侄子，类似的问题也会以有所不同的形式在《哈姆莱特》中再次出现。开始的时候希艾罗尼姆希望上帝或政府机构会惩罚洛伦佐，但他渐渐被迫接受了必须亲自复仇这个现实。为了赢得时间设计和实施一个妥当的复仇计划，他假装疯了。最后，通过上演一出自己同洛伦佐在其中都扮演角色的戏剧，

66

---

〔33〕关于最近对伊丽莎白时代和詹姆士一世时代的复仇戏剧的讨论，请看 Peter Mercer, Hamlet *and the Acting of Revenge* (1987); Harry Keyishian, *The Shapes of Revenge: Victimization, Vengeance, and Vindictiveness in Shakespeare* (1995); Carol Bishop, "Introduction," in Bishop, *A Critical Edition of Massinger and Field's* The Fatal Dowry 1, 3–25 (1976); Paul N. Siegel, " 'Hamlet, Revenge!': The Uses and Abuses of Historical Criticism," 45 *Shakespeare Survey* 15 (1993).

他找到了机会，把洛伦佐刺死了。洛伦佐的妹妹别林比莉亚（Bel-limperia）也趁这个机会刺死了压迫自己的人，然后自杀了。在一个类似于塞涅卡笔触的描写中，希艾罗尼姆咬断了自己的舌头，使自己不能说出舌下的秘密（戏剧并没有提示是什么秘密），杀死了洛伦佐的父亲，然后自杀。在《西班牙悲剧》的结尾，复仇之神说他会把希艾罗尼姆和别林比莉亚杀死的恶棍都“吹”到“十八层地狱，/除了复仇女神、虫子和痛苦，那里再也别无它物，/……尽管在这里死亡结束了他们的苦痛，/我会在那里开始他们无尽的悲剧”（第四幕第五场，行 27－28，47－48）。

希艾罗尼姆的死不是偶然的，在几乎所有文艺复兴时期的复仇戏剧中，复仇者都会死去。（《裘力斯·恺撒》和《麦克白》是例外。）这可能不但反映了基督教对于复仇道德的矛盾观点（我们将在《哈姆莱特》中看到），而且也反映了一种认识，即每个复仇行为都是新罪恶，其本身也需要受到惩罚。如果留下复仇者不死，那么观众就会总想知道谁会来杀死这个复仇者。

《裘力斯·恺撒》作为复仇戏剧的特征并不很明显，这是因为需要别人为之复仇的被害者恺撒直到第三幕开始时才死去。当这最终发生的时候，安东尼（Antony）对着恺撒的尸体发出了让人血液凝固的复仇誓言（第三幕第一场，行 265－277）：[34]

> 残暴惨酷的内乱
> 将要使意大利到处陷于混乱；
> 流血和破坏将要成为一时的风尚
> 恐怖的景象将要每天接触到人们的眼睛
> 以致于做母亲的人看见她们的婴孩被战争的魔手所肢解

67

[34] 本书所引用的莎士比亚全部来自 *The Complete Works of Shakespeare* (David Bevington ed. 4th ed. 1992).

也会毫不在乎地付之一笑
人们因为习惯于残杀，一切怜悯之心将要完全灭绝
凯撒的冤魂借着从地狱的烈火中出来的阿提的协助
将要用一个君王的口气，
向罗马的全境发出屠杀的号令，
让战争的猛犬四出蹂躏，
为了这一个万恶的罪行，
大地上将要弥漫着呻吟求葬的臭皮囊。*

这些诗行完美地表达了无限的复仇感情。实际上，文艺复兴时代对于无限人类意志的感觉可以部分解释为什么伊丽莎白时代的剧作家们是如此地着迷于复仇主题。

《裘力斯·恺撒》在维持国家秩序的两种进路之间建立了一种对比，这表现在主要人物对复仇义务的态度上。勃鲁托斯（Brutus）的进路是"现代的"、理性的、高尚的、非个人化的进路，它诉诸公民美德、个人自由以及自我约束的理想，并且鄙弃像复仇这种"原始的"感情。恺撒的进路和安东尼的进路则是个人化的，它们是基于对个人和家庭纽带、一般感情以及迷信对人们思想的控制力的一种现实主义洞察（典型的例子是恺撒对凯歇斯［Cassius］的评价，以及他说自己更喜欢头部光滑闪亮的胖人而不喜欢看起来干瘦、饥饿的人）。恺撒和勃鲁托斯都犯过致命的错误，并且两人的错误都是因为他们没能理解人性中感情的一面（在恺撒的情况里，这是他丧失权力的标志——他没有洞察力了，这使他更像勃鲁托斯）。恺撒没能理解，接受加冕不但不会增加自己已经完整的政治权势，反而会冒犯自大的元老们。而且，他还听不进预言者、占兆

* 中译文引自，朱生豪译，方重校，《裘力斯·恺撒》，载于《莎士比亚全集》（八），人民文学出版社，1978年，页258。——译者

官、天象以及凯尔弗妮娅（Calpurnia）的不断劝告，这显示出勃鲁托斯那种过分的理性。不但在大的方面，而且在小的方面这部剧也把勃鲁托斯同恺撒联系起来了。两人的妻子都想影响自己的丈夫（剧中没有出现其他角色的妻子）；两人都很容易接受阿谀奉承；两人都认为自己要比别人高级；两人都认为自己没有普通人的弱点（但是这种观点受到了削弱，因为恺撒迷信而且身有微恙，而勃鲁托斯没有政治天赋）；两个人都认为自己体现了纯粹的政治原则——恺撒的专制主义，勃鲁托斯的自由主义；两个人都目中无人。

勃鲁托斯的失误表明他政治上的幼稚，这些失误包括：他没有把西塞罗（Cicero）拉入政变，他放过了安东尼然后又让他在恺撒葬礼上讲话，他同凯歇斯争吵并忽视了凯歇斯的军事建议。他最大的错误反映出他对人性的无知，这个错误就是他认为政变一定会成功，原因是所有能够正确思考的人都会认识到恺撒的野心是对自由的威胁。勃鲁托斯没有意识到其他的政变者并没有什么高尚的动机；没有意识到罗马的暴民并不怎么高尚，也不关心自由，而是关心恺撒遗嘱的内容（它把金钱和公共土地全部留给了罗马公民）；没有意识到安东尼既不关心自己说过的话也不关心勃鲁托斯事业的价值，安东尼是出于对恺撒的个人忠诚而想疯狂地报复，并且有能力让暴民调转枪头对准勃鲁托斯，他使用的手段之一是强调勃鲁托斯忘恩负义（恺撒对勃鲁托斯就像对待亲生儿子一样）；也没有意识到恺撒的幽灵会追索勃鲁托斯。幽灵的出现代表了非理性的东西冲入了一个极其理性的政治家的政治计划。

对于《裘力斯·恺撒》中所描述的世界来说，勃鲁托斯支持的非个人化的政治正义观念过于超前，或者对人性提出了不够现实的要求。勃鲁托斯无法理解个人关系会战胜对原则的忠诚，这一点表现在一些小事情上，比如他拒绝用誓言来约束政变者，以及他说过，如果恺撒有儿子的话，那么一旦知道了政变者的理由和动机，

他也会同意刺杀恺撒，[35] 这一点也表现在一些大事情上，比如他无法理解凯歇斯和安东尼这样的人的动机。勃鲁托斯不能够理解自己所处的感情语境，在这种语境中，刺杀恺撒一定会激起复仇的激情。

这部戏剧给了我们关于恺撒的三种观点。其中之一就是他已经盛年不再——这不但表现在他轻率地忽视了超自然的征兆，而且表现于他的犹豫不决和前后不一（尽管他表达了自己对迷信的不屑，但他在剧中的第一句话就是要求用魔法治好凯尔弗妮娅的不孕症）还表现于他修辞中的恐吓以及空洞——他把自己比作奥林匹斯山，而且在他就去加比多山这件事两次改变了主意之后不久，他还称自己“像北极星一样坚定”*（第三幕第一场，行60）。但是，勃鲁托斯是个惯于以抽象行事的人，他眼中的恺撒并不是正在衰老、日渐松弛的独裁者，而是野心的代表。

相反，在安东尼眼中，恺撒是“有史以来／最为高贵的英雄”**（第三幕第一场，行257－258），这是一个不加批评但却无法动摇的观点，其基础是恺撒的履历以及两人之间的关系。从《安东尼与克利奥帕特拉》（*Antony and Cleopatra*）当中我们知道，如果说勃鲁托斯的治理理论为时过早，并且对于任何时代来说都过于理想化，那么安东尼的理论则正变得过时，并且不久就会让位给奥克泰维斯（Octavius）的算计的方法，这种方法更适合治理一个帝国。[36]

69

[35] 大义灭亲是对正义虔诚程度的刻薄检验，这一想法在《一报还一报》再次出现。请看下一章。

* 中译文引自，上译者引书，页251。——译者

** 中译文引自，上译者引书，页258。——译者

以复仇作为组织原则的社会所特有的强力感情忠诚在大型政治组织中是行不通的。

我并不想留下一种印象，即古希腊人和伊丽莎白时代的人一起垄断了复仇文学。它是一个丰富、持久的文学类型。让我们看看亨利希·冯·克莱斯特（Heinrich von Kleist）伟大的短篇小说《迈克尔·克拉斯》（*Michael Kohlhaas*）（1810 年）。与小说同名的主人公（他是历史上的一个真实人物的小说版）是 16 世纪勃兰登堡一个富有的马匹商人。一位萨克逊郡的贵族从克拉斯那里勒索了两匹黑骏马，虐待它们，并且拒绝归还它们。克拉斯试图起诉这个贵族，但是这个贵族十分有权势，所以克拉斯没得到什么结果。他带着一班持有武器的追随者袭击了贵族的家，杀死了除这个贵族以外的（他逃掉了）所有人，然后烧掉房子，但他复仇的怒火未能平息，就在同时，作为他无效果的法律诉讼的一个副产品，他钟爱的妻子死掉了，这让他火上浇油。在寻找那个贵族和仍不见踪影的马匹的过程中，他带着一班不断壮大的人马席卷了德国，烧毁了城市。但是，现在马丁·路德插手了，克拉斯在全德国只能听进他的话。尽管路德为克拉斯的破坏而大为光火，但是他也认识到克拉斯受过侵害，并且允诺，如果克拉斯停止杀戮并且自首——他确实这么做了——就会给他提供特赦并重新开始法律救济的努力。接下来就是混乱的司法程序，但结果证明，没有办法收回那两匹马，克拉斯也不愿意从那个现在害怕和悔恨的贵族那里接受金钱作为马匹的赔偿。

70 因为克拉斯的人马仍然在烧杀抢掠，所以神圣罗马皇帝认为他

[36] 我并不是在暗示说这就是罗马历史的实际过程。《裘力斯·恺撒》大体上与历史事实是一致的，但是很多细节都不精确或者是虚构的。请看，例如，P. A. Brunt, *The Fall of the Roman Republic and Related Essays* 499 – 500 (1988); Lily Ross Taylor, *Party Politics in the Age of Caesar* 174 – 175 (1949)

已经违反了路德特赦令的条件，所以克拉斯必须因叛国罪受审。他受到审判，被判有罪，并处以死刑。克拉斯本可以把一张别人托付自己保存的纸交给萨克逊邦的选帝侯而换得减刑（他现在把这张纸保存在挂在脖子上的挂盒里面），因为这张纸上面记录了这个选帝侯的命运。但是他拒绝了，他认为选帝侯应为没能让那个贵族受罚而承担责任，因为这个贵族是选帝侯的臣民。克拉斯得知，选帝侯打算在行刑后搜查自己的尸体以拿到那张纸，于是克拉斯在临行刑前以胜利者的姿态（这是《西班牙悲剧》的一个奇怪的回响）吞下了这张纸，这吓坏了正在一边观看的选帝侯。克拉斯在死的时候很满足。

克拉斯显然过于放纵了复仇的情绪。那个有关马匹的事件在小说开始时让读者血液沸腾，让读者想鼓励克拉斯，但到结尾时候，读者意识到这个事件与它给别人和给克拉斯自己所造成的损害是不成比例的。这是复仇的一个核心问题，而且，因为克莱斯特写作的时间正是拿破仑征服德国之后不久，所以他也好像是在评论德国分裂的后果。克拉斯无法取得正义的原因之一是，压迫他的人同自己居住在一个不同的德意志国家里。克拉斯集团引起的政治暴力和无序被归咎于权威的四分五裂（皇帝、选帝侯和马丁·路德以令人迷惑的方式分享权威——其中马丁·路德代表了一种世俗权威无法执行的“高级法”）以及有效司法体系的缺失。伊丽莎白时代的人所称的“公共复仇”的无效性迫使克拉斯自己承担了复仇者的角色；就像哈姆莱特和《伊利亚特》中的阿基琉斯一样，他失去了自我控制力（这一点特别表现在，他拒绝接受代替马匹丢失的损害赔偿——这象征他拒绝接受用民法代替复仇），变成了一种怪物（尽管同时也是英雄），并且死去了，像哈姆莱特的死一样，他的死融合了胜利和悲剧。

E·L·多克特罗（Doctorow）的小说《拉格泰姆》（*Ragtime*）（1975年）把迈克尔·克拉斯的故事搬到了20世纪初的纽约。科尔

豪斯·沃克(Coalhouse Walker)(克拉(Kohle)是德语中的科尔(coal)一词)是一个黑人,他拒绝了那段美国历史为黑人规定的恭顺的行为方式,他自豪地拥有一辆T型福特车。在去纽约市的路上,一群无赖消防队员让他停下,让他交公路使用费,当他拒绝时,消防队员损坏了汽车的外观。他试图取得法律救济,但受到了种族歧视的阻碍。在试图请求美国总统就此事帮忙时,他的未婚妻死于意外。沃克放弃了法律、组织了一伙烧杀抢掠的黑人,进行了一场残忍的复仇运动,包括炸毁消防队(但消防队长当时不在场)并且杀死了消防员。沃克和他的那伙人在J·皮尔蓬·摩根(J. Pierpont Morgan)图书馆里建起防御工事,并且威胁要破坏图书馆的书籍,其中包括了乔治·华盛顿所写的一封五页纸的信,这对应着迈克尔·克拉斯在脖子上的挂盒中的字条。国家机构找到了布科尔·T·华盛顿(Booker T. Washington)来帮忙,他是当时最著名的黑人,所以对应着《迈克尔·克拉斯》中的马丁·路德。在华盛顿的帮助下达成了一个和解协议,那辆福特车会被修复到原来的状态,消防队长会受到公开羞辱,所以科尔豪斯·沃克投降了——在他离开摩根图书馆时却被警察开枪打死了。

71

多克特罗是一位有技巧的作家,《拉格泰姆》有着复杂的剧情和大量历史人物,是一部力作。《迈克尔·克拉斯》被搬到了一个最不可能的地点,而这做得极其华丽,但是原作的精神却丧失了。多克特罗无法就福特车写出黑马所具有的那些强有力的象征含义,无法取得超自然的或政治的共鸣(尽管小说有着唾手可得的种族主义主题),并且无法让科尔豪斯·沃克和他的同伙在白人社区中激起的恐惧感变得可信。在多克特罗的笔下,《迈克尔·克拉斯》变成了闹剧或者幻想小说,而不是对复仇的道德模糊性的思考。

《伊利亚特》和《哈姆莱特》

时值特洛伊战争的第10个年头，阿波罗神在希腊的阵营中降下了瘟疫，这是回应他的祭司克律塞斯（Chryses）的祷告，克律塞斯希望能够找回自己的女儿克律塞伊斯（Chryseis），她在希腊的一次进攻中被俘，并作为战利品分配给了阿伽门农。聪明的做法是把克律塞伊斯还给她的父亲。阿基琉斯年轻气盛、不讲策略，他无礼地要求阿伽门农这么做，但是，荷马史诗中的社会没有正式的法律和治理机构，因此这种建议很有问题。阿伽门农对于联军的权力没有清楚的界定，他地位的合法性也没有通过确定英国首相或者美国总统地位的那种“承认规则”得以确立。如果阿伽门农具有极大的个人魅力，那么他正式权威的模糊性也不会有这么重要。但是他是个不可靠的、装腔作势的人。因为他的地位在根本上是不稳固的，所以他丢不起脸。如果他放弃克律塞伊斯，那么他必须为这个冒犯而进行报复。他不能对阿波罗神进行报复，因此他选择了阿波罗在议事会中的代理人——阿基琉斯。阿伽门农夺走了在自己得到克律塞伊斯的那次进攻中分给阿基琉斯的战利品——布里塞伊斯（Briseis）。

这是一个严重的错误，我们只要把阿伽门农夺走布里塞伊斯的行为同帕里斯夺走海伦（她就是特洛伊战争的起因）的行为进行对比就可以看到这一点。而且，因为阿基琉斯要比阿伽门农还强有力，并且，像后来事情的发展所证明的那样，阿基琉斯更加猛烈地保卫自己的个人荣誉，所以阿伽门农的行动也很鲁莽。这是他不适合于领导联军的很多表现之一，它也解释了为什么仗打了10年还没有结束。阿基琉斯的第一个反应就是要当场杀死阿伽门农，他本来会那么做，但是雅典娜女神从奥林匹斯山上冲下来，抓住他的头

72

发让他住手，并向他保证会安排更好的报复，并且她确实这么做了。阿基琉斯在战争中袖手旁观，特洛伊人在没有他的情况下彻底击败了希腊人，几乎把希腊人赶进了大海。绝望的阿伽门农派使者向阿基琉斯许诺，不但会把布里塞伊斯毫发无损地还给他，而且还会给他阿伽门农（剩下）的女儿以及无数贵重的礼物，只要他愿意重新参战。但是阿基琉斯知道，自己如果参战的话就会死于英年，（这时他也开始怀疑英雄主义的伦理，在这种伦理中，荣誉被认为是英年早逝的充足补偿）所以阿基琉斯没有回去打仗，直到赫克托耳（Hector）杀死了阿基琉斯热爱的同伴普特洛克勒斯（Patroclus），因为普特洛克勒斯穿着阿基琉斯的盔甲去骗特洛伊人时离特洛伊城过近了。当阿基琉斯真的重新参战时，他以一种诗人认为即使是在英雄主义文化看来也过于野蛮的方式追杀赫克托耳，将他杀死，并肢解了他的尸体。赫克托耳也穿着从已被杀死的普特洛克勒斯身上扒下来的阿基琉斯的盔甲，但他一时致命地忘记了自己的局限，就像普特洛克勒斯一样。但是，在诗的结尾，阿基琉斯动了怜悯之心，把赫克托耳的尸体还给了普里阿摩斯（Priam），这具尸体却奇迹般地没有肢解。我们认识到，通过杀死赫克托耳，阿基琉斯决定了特洛伊的命运和他自己的命运。

在某个层面上，即我们可能认为对法律人来讲最为有趣的层面上，《伊利亚特》是“关于”作为司法体系的复仇。我们知道，复仇会起作用，特洛伊会因为帕里斯夺走海伦引起的复仇而毁灭，因为帕里斯的行为违反了原始和古代文化中非常重要的友好规范（这些规范在《奥德赛》中强调得更有力）。但是我们也从诗中认识到，这种维护法律的方法成本高昂，我们也可能想要知道是不是存在一个可以对付帕里斯这类人的成本更低的方法。我们从诗里也理解到，复仇应该有些限制——阿基琉斯肢解赫克托耳的行为太过分了，并且，只有把赫克托耳的尸体还给普里阿摩斯，希腊人才不会越过合法复仇同野蛮行径之间的界线。

《伊利亚特》也简略地提到了赎罪金，其中包括阿伽门农为补偿阿基琉斯而提出的精心建议，以及阿基琉斯的盾牌上描绘的一个场景（第十八卷，行 580 – 592）：[37] 73

> 市场上人群拥聚，观望
> 两位男子的争吵，为了一个被杀的亲人，
> 一笔偿命的血酬。一方当众声称血酬
> 已付，半点不少，另一方则坚持根本不曾收受；
> 两人于是求助于审事的仲裁，听凭他的判夺。
> 人们意见分歧，有的为这方说话，有的为那方辩解；
> 使者们挡开人群，让地方的长老
> 聚首商议，坐在溜光的石凳上，围成一个神圣的圆圈
> 手握嗓音清亮的使者们交给的节杖。
> 两人急步上前，依次陈述事情的原由，
> 身前放着两个塔兰同的黄金，准备
> 赏付给审断最公正的判者。*

但是赎罪金不能完全代替复仇，至少在英雄主义的、战争年代的世界上是不能的，这与盾牌上描绘的和平世界形成了对比。或者，至少这在阿基琉斯是行不通的，至少在当时没有行得通，他在拒绝阿伽门农的提议的时候，说出了复仇道德中反复发生的一个问题，即过度感情化的问题（第九卷，行 470 – 473）：“我绝不会改变主意，哪怕他的礼物多得像沙粒和泥尘一样！/ 即便如此，阿伽门农也休

---

〔37〕我在本书中对荷马的所有引用都来自罗伯特·法戈尔斯（Robert Fagles）1990 年的《伊利亚特》译本或者他 1995 年的《奥德赛》译本。行数是指译本中的行数而不是原著中的行数。

* 中译文引自陈中梅译，《伊利亚特》，北京燕山出版社，1999 年，页 403 – 404。——译者

想使我回心转意；／我要他彻底偿付他的横蛮给我带来的揪心裂肺的屈辱！”* 像迈克尔·克拉斯拒绝了贵族的损害赔偿提议一样，阿基琉斯也无法被“收买” 在他的愤怒平息或转移到其他事情上面之前，不可能和平解决，直到那时，怎么惩罚阿伽门农也不为过。（在塞涅卡的《堤厄斯忒斯》中）阿特柔斯后悔自己没有让堤厄斯忒斯在他的儿子们还活着的时候喝他们的血，这时，这种情绪荒唐到了极点，在《哈姆莱特》中我们将再次遇到这个问题。

《伊利亚特》不但让我们知道了复仇激情的过度性，而且让我们了解了复仇作为一种社会秩序原则所具有的脆弱性。通过成功地完成对特洛伊的围攻（但是代价有多大！）来实现友好规范，这种努力为阿基琉斯同阿伽门农之间的宿怨受到了阻碍。直到《伊利亚特》的最后一卷，阿基琉斯的行动完全是出于对自己荣誉的关心和对包括布里塞伊斯和普特洛克勒斯在内的个人物品的关心，而他的个人物品同他的荣誉之间并没有清楚的区分。（这就是他的“非社会性”（unsociability），这是一个让柏拉图很头痛的问题。）在关键的时刻，阿基琉斯与赫克托耳打仗的个人动机同阿基琉斯毫不关心的希腊联军的需要变得协同一致，这几乎被写成了一个偶然事件。我们知道他不会把这场战争游戏抛到一边，不会回到他在弗西亚（Phthia）的家，但是我们也知道他这么做会非常容易，而且，基于这一点，我们可能会怀疑，建立在英雄主义规范以及用暴力维护个人荣誉基础之上的社会秩序能否稳定存在；阿伽门农同阿基琉斯在第一卷中的冲突表明这种社会秩序是不稳定的。不但阿基琉斯本人质疑英雄主义规范，而且在攻陷特洛伊之前《伊利亚特》就结束了，描写了处于混乱状态之中的希腊联军，这些都强化了我们的观点。而且，赫克托耳杀死穿着阿基琉斯的盔甲（并且开始时被错认为阿基琉斯）的普特洛克勒斯象征着阿基琉斯的死亡，从此开始，

74

* 同上，页185。——译者

死亡的形象逐渐笼罩了阿基琉斯，[38] 预示了他在《伊利亚特》结束之后的真正死亡，并且加强了一种《奥德赛》中有力表明的感觉，即英雄主义规范已经穷途末路。

在这种解读的背景下，《伊利亚特》传递了这样一种感觉，即只有对死亡的期望才能使生命具有尊严和价值。神是不朽的，但却轻薄、原始；《伊利亚特》所描述的神都不具有阿基琉斯在最佳状态时具有的尊严。但他的最佳状态是什么时候？是他具有“现代性”的时候吗？尽管我们十分清楚地意识到了英雄主义伦理观的负面因素，但这部史诗好像也在告诉我们，阿基琉斯的悲剧性错误并不是他拒绝接受阿伽门农使节的恳求，因为这种拒绝完全符合绝对英雄主义，相反，他的错误是，他允许普特洛克勒斯穿着阿基琉斯的盔甲代替阿基琉斯参战来欺骗特洛伊人。这种妥协有着现代工具理性的印记，它对立于定义了由阿基琉斯集中体现的复仇伦理观的荣誉规范，而且它也标志着阿基琉斯的毁灭，可能也标志着复仇伦理观本身的毁灭。史诗结尾提及的怜悯道德观对阿基琉斯毫不适用。

詹姆斯·伯艾德·怀特在一本关于法律与文学的重要论著中——实际上，怀特对创造该领域的贡献要大于其他任何人——用了最长的一章来讨论《伊利亚特》，但是他没有讨论该诗描写的前法律制度或者它所发展的正义主题。[39]只有两次，他试图把该诗同法律联系起来。关于第一卷中阿基琉斯同阿伽门农之间的争执，他说道，“问题以现代法律案件的那种直接性提了出来：对于什么是‘合适的’，显然存在两种人们接受的观念，但只有一种能够得到满足。

[38] 例如，在阿基琉斯杀死赫克托耳时，赫克托耳穿的是阿基琉斯的盔甲；在象征意义上，阿基琉斯杀死了自己，这在象征意义上是正确的，因为我们知道阿基琉斯会在赫克托耳死后不久就死去。

[39] White, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, ch.2 (1984).

外，我们遇到了3个复仇者（所以一共有4个），所有的人都是父仇子报。福丁布拉斯（Fortinbras）努力为父亲死于哈姆莱特父亲之手而复仇；雷欧提斯（Laertes）试图为父亲和姐姐的死复仇；剧中剧里的一个演员描述了阿基琉斯的儿子杀死普里阿摩斯，这是为了报复阿基琉斯被普里阿摩斯的儿子帕里斯杀死。在第一幕中，哈姆莱特父亲的鬼魂命令哈姆莱特为自己被弟弟克劳狄斯（Claudius）杀死而复仇，而该剧其余部分都围绕哈姆莱特为执行鬼魂的命令所作的努力（以及作为这种努力的前奏来确定鬼魂是否诚实）以及克劳狄斯的对抗策略。

这部令人迷惑的戏剧的中心难题是，哈姆莱特为什么花了如此长的时间来完成自己的任务，以及他为什么在这个过程中犯了如此多的错误。这些错误导致了7个人丧命（不包括克劳狄斯）——包括波洛涅斯（Polonius）、奥菲利娅（Ophelia）、雷欧提斯、罗森格兰兹（Rosencrantz）和吉尔登斯吞（Guildenstern）、哈姆莱特的母亲以及哈姆莱特本人，他们都不是一定要死才能伸张正义的。这样做原因包括把该剧拉长到一定长度这种纯粹技术上的需要，因为这样观众才会觉得钱花得不亏。哈姆莱特装疯不像《西班牙悲剧》中希艾罗尼姆装疯那样动机明显，这使《哈姆莱特》中的耽搁看起来更不自然；像我们将要看到的一样，《哈姆莱特》还存在其他的遗留问题。但是我们认为，哈姆莱特拖延复仇以及剧中的笨拙做法并不仅仅是因为作者缺乏想像力或能力不够。就像作者在《裘利斯·凯撒》所做的那样，莎士比亚可以让该剧始于哈姆莱特的父亲死亡以及他的母亲改嫁之前，从而拖长这部剧，并缩短复仇的内容。《奥德赛》证明，复仇的故事不一定要简短，即使是在复仇者极有能力的情况下。 76

该剧描写的中世纪丹麦有着正式的法律体系，这与《伊利亚特》中所描写的社会不同，但克劳狄斯肯定是，并且哈姆莱特和其他主要人物也很可能是，实际地高于法律。哈姆莱特不大可能会因

杀死了波洛涅斯并试图隐藏他的尸体而受到惩罚。克劳狄斯间或地提到过这个问题，却因为哈姆莱特十分受大家爱戴而放弃了。并且没有迹象显示，克劳狄斯可能因谋杀了合法国王或制造了“乱伦”婚姻而被废黜，或以其他方式受到惩罚（伊丽莎白时代的人认为同过世兄弟的寡妻结婚是乱伦的，但是在莱弗雷特婚制[41]的严格条件下可能除外）。哈姆莱特针对克劳狄斯获取正义的惟一途径，或者雷欧提斯针对哈姆莱特获取正义的惟一途径，就是复仇。

但是这部剧中隐含着对于复仇的大量批评。那7个或多或少无辜死去的人标志着复仇是一种代价昂贵的获取正义的方式，他们让我们记住，复仇可能把责任强加给气质上不适合承担这种责任的人，这同正式的司法体系不同，正式司法体系的工作人员——法官、警察、检察官等等——是自愿选择自己职业的全职人员。他们的训练和经历，加上促使他们选择执法工作的那些能力或倾向，能够在一定程度上保证他们具有必要的技能以及（几乎同样重要的）必要的冷酷来有效地、令人满意地完成那些肮脏的社会工作。就像哈姆莱特所说的，“不大劳动的手，它的感觉要比较灵敏一些。”*（第五幕第一场，行69－70）而且，在第一幕结尾，他刚刚从鬼魂那里得到动手的命令时说“这是一个颠倒混乱的时代，唉，倒楣的

[41] 也就是在亡故的兄弟没有儿子的条件下，这个条件在《哈姆莱特》中没有满足。《哈姆莱特》最初的观众可能极其厌恶这次再婚、既因为它具有乱伦的特点也因为再婚进行得过于仓促，关于这一点的有力论证，请看 Roland Mushat Frye, *The Renaissance Hamlet: Issues and Responses in 1600* 77－82 (1984).但是 Graham Bradshaw, *Misrepresentations: Shakespeare and the Materialists* 294 n.25 (1993)，并不认为观众会因为这次结婚的“乱伦”特征而感到十分困扰。在这部戏剧中，只有哈姆莱特和鬼魂把这次婚姻描述为乱伦，尽管“克劳地”这个名字（在拉丁语中而不是在丹麦语中）会让一些观众记起那位乱伦的罗马皇帝。

* 中译文引自，朱生豪译，吴兴华校，《哈姆莱特》，载于《莎士比亚全集》（九），人民文学出版社，1978年，页121。——译者

我却要负起重整乾坤的责任!"** (第一幕第五场, 行 197 - 198), 这时, 他强调的是 "我"。我们很快就会看到, 哈姆莱特并不是执行鬼魂计划的合适工具, 只是再没有别人了。在放弃了主动的、迄今为止一团糟并且没有效果的努力之后, 哈姆莱特杀死了克劳狄斯; 而他发现了密谋中的事情并且能够在自己死前杀死克劳狄斯, 这一切完全是出于偶然。他没能在较量前检查钝头剑——考虑到哈姆莱特知道克劳狄斯以前试图杀死他以及雷欧提斯对哈姆莱特的憤恨——这是极大的疏忽。

在间接地评论哈姆莱特拖延复仇时, 克劳狄斯警告雷欧提斯说, 愤怒会随着时间而冷却, 这是复仇作为执法手段具有的一个老毛病。克劳狄斯对杯到嘴边还会失手的问题也有清楚的认识, 这是哈姆莱特的另一个问题。雷欧提斯就不存在这些问题。哈姆莱特行动过慢, 热情冷却; 雷欧提斯则趁热打铁。哈姆莱特浪费时间来证明克劳狄斯有罪, 尽管这在哈姆莱特看来可能并非不必要。(我会在下面返回来讨论这个重要问题。) 作为波洛涅斯的儿子, 雷欧提斯与哈姆莱特对自己的父亲有着同样的复仇义务, 他盲目得出了错误的结论——这突出了当自己案件的裁判者所包含的危险。

哈姆莱特也例证了复仇者过度情感化的问题。他放弃了在克劳狄斯祈祷时杀死他的机会。他要是抓住了这个机会, 那七个无辜的人就不必死了, 但是他想确保克劳狄斯在地狱里受煎熬。(请注意这同《西班牙悲剧》的相似之处。) 类似地, 当克劳狄斯对雷欧提斯说: "哈姆莱特回来了, / 你预备怎样用行动代替言语, 表明你自己的确是 / 你父亲的孝子呢?" 时, 雷欧提斯回答道, 尽管因角色个性原因说得更粗糙, "我要在教堂里割破他的喉咙。" 克劳狄斯回答说, "当然, 无论什么所在都不能庇护一个杀人的凶手; / 复

** 中译文引自, 同上, 页 33。——译者

仇应该不受地点的限制"*（第四幕第七场，行 128－129）。但是复仇应该有界限，这一点一定是作者想让我们通过此剧了解的。

在矛盾心理和作品质量方面，《哈姆莱特》与其同时代复仇文学作品之间的关系就像《伊利亚特》同《伊利亚特》所基于的、业已失传的英雄史诗的关系一样。在伊丽莎白时代和詹姆斯一世时代的很多复仇戏剧中，暴力和复仇者的过度感情是如此怪诞，以致所有的社会或伦理观察都被传奇情节淹没了，就像莎士比亚早期戏剧《泰特斯·安德洛尼克斯》一样，该剧是《堤厄斯忒斯》与《西班牙悲剧》的一个奇怪的交叉。剧中有很多恐怖的事情，其中之一是，复仇者泰特斯（像希艾罗尼姆一样，他虽是高官，却无法以合法途径获取正义，因为坏人是贵族名流）借用了阿特柔斯的手段，杀死了塔摩拉（Tamora）女王的两个儿子，并把他们做成馅饼给女王吃。他对那个请自己找来这两个男孩的人说（第五幕第三场，行 60－63）：

> 嘿，他们就在这盘子里头，烘烤在这面饼里的就是他们的骨肉，
>
> 他们的母亲刚才吃得津津有味的，
>
> 也就是她自己亲生的儿子。
>
> 这是真的，这是真的；我的锋利的刀尖可以为我作见证。**

——这时他刺死了女王，自己也被刺死。或者考虑一下图尔纳（Tourneur）的《复仇者的悲剧》（*Revenger's Tragedy*），它写于《哈姆

---

* 该段的中译文引自，同上，页 116。——译者

** 中译文引自，朱生豪译，方重校，《泰特斯·安德洛尼克斯》，载于《莎士比亚全集》（七），人民文学出版社，1978 年，页 469。——译者

莱特》之后的几年内，其模式让我们倍感熟悉。作恶的人是国王，因此，为了给被国王杀死的妻子复仇，温戴斯（Vindice）必须在法律之外行动。温戴斯保留了妻子的头骨，把头骨涂上毒药。他把好色的国王引到一个阴暗的亭子里，假装要给他一个女人，国王在黑暗中拥抱了头骨。为了让国王的死更加痛苦，温戴斯把王后和她的情人也引到了亭子里，这样国王在被毒死之前看到的最后一幕就是妻子正在通奸。当国王想要喊叫的时候，温戴斯割掉了他的舌头。在韦伯斯特的《白魔》中，对布里奇阿诺（Bracchiano）复仇的方法是在他的头盔面甲下涂抹了毒药，给他造成了描写了好几页的可怕痛苦，最后复仇者变得不耐烦，勒死了他。

对于复仇伦理的最激进的摒弃是在《新约》当中，并且我们必须考虑《哈姆莱特》，以及那些更加可怕的复仇戏剧，是不是试图让观众记起《罗马书》12：19－20："不要自己伸冤，宁可让步，听凭主怒。因为经上记着：'主说，伸冤在我，我必报应。'所以，'你的仇敌若饿了，就给他吃；若渴了，就给他喝。因为你这样行，就是把炭火堆在他的头上。'"〔42〕这有两种理解方法。第一种是由"炭火"暗示的，即上帝会在来世清算所有账目。这并不是一个可行的生活方式，没有哪一个社会可以仅仅诉诸死后的奖惩来维持秩序。第二种解释也同样不可行，其最纯粹的形式（让上帝在今生惩罚作恶者；甚至不要努力从上帝的代理人、也就是国王那里取得帮助）为《哈姆莱特》的最后一幕采用。哈姆莱特放弃了杀死克劳狄斯的主动努力，依赖天意去安排时间、地点和方式——"无论我们怎

〔42〕在莎士比亚写《哈姆莱特》的时候，我所引用的《詹姆斯王圣经》还没有写成。但是他应该知道的圣经版本——《科弗代尔圣经》（1535年）、《日内瓦圣经》（1583年）以及《主教之圣经》（1588年）——在相关的部分与詹姆斯王版圣经没有什么实质区别。比如，下面就是《科弗代尔圣经》中相同的部分："不要自己伸冤，宁可让位，听凭主怒。因为经上记着：'主说，伸冤在我，我必报偿。'所以，'你的仇敌若饿了，就给他吃。若他渴了，就给他喝。因为你这样行，就是把炭火堆在他的头上。'"

样辛苦谋划，/我们的结果却早已有一种冥冥中的力量把它布置好了……随时准备着就是了”*（第五幕第二场，行10－11，220）。天意会施加恩惠。到第五幕的时候，鬼魂已经被忘记了——它成了一个可怕的、异教的形象，[43]鬼魂所代表的复仇道德被描写成原始的、前基督教的。哈姆莱特的死充满了悲剧性尊严，如果他顺利地完成了父亲鬼魂交给他的任务，那么他的死就不会有这种悲剧性尊严。

但是，在全剧的戏剧结构和暗含的价值观之中，清静无为地听天由命并不是哈姆莱特对鬼魂之催促作出的充分反应。该剧以完美的艺术手法描绘了私人复仇作为实现权利和维持公共秩序之方法所具有的消极一面，这表现于雷欧提斯愚蠢的嗜血成性和哈姆莱特复仇计划具有破坏性的软弱无力，但是却让我们无法释怀地感觉到，哈姆莱特别无选择，只有努力为父亲复仇。“荣誉中包含着基督教拒绝承认的义务。”[44]欧里庇得斯（Euripides）试图把《俄瑞斯忒斯》放在一个法律体系完全起作用的社会中，以此来嘲讽俄瑞斯忒斯的传奇，在这个法律体系中，就像克莱登妮丝特拉的父亲提醒俄瑞斯忒斯的那样，俄瑞斯忒斯并不是非要杀死自己的母亲不可；他本可以把她交给当局来惩罚。哈姆莱特没有这样的选择。

我们在《哈姆莱特》中感到的矛盾反映了莎士比亚的社会对这

---

* 中译文引自，朱生豪译、吴兴华校，《哈姆莱特》，载于《莎士比亚全集》（九），人民文学出版社，1978年，页130、137。——译者

〔43〕“国王的死是因为他谋杀了乔特鲁德和王子，而不是因为在花园中投毒。老哈姆莱特没有踏着自己敌人的尸体取得胜利。”Kerrigan，上注〔2〕，页187。

〔44〕William Empson, “Hamlet,” in Empson, *Essays on Shakespeare* 79, 121（David B. Pirie ed. 1986）.

个问题所持的矛盾观点。[45]对希腊人来讲《圣经》使复仇具有的那个问题并不存在。伊丽莎白时代的传统解决办法是区分三种形式的复仇——上帝复仇，公共复仇，以及私人复仇——并且把前两种以一个概念联系起来，即，作为上帝在政治领域的代理人，政治社会的统治者"代表上帝惩罚"，行使"上帝命令用以代替复仇"的权力。[46]这样刑事司法体系就与神对复仇的垄断协调起来了。这是一个重要的改变，但这还是无法解决刑事司法体系无法起作用的个案，就像《哈姆莱特》一样。这就是私人复仇的领域了。

对上帝复仇的双重解释导致了对付作恶者的四种方式，其中第四种——私人复仇——问题最大：

80

(1) 神的复仇——来世	(3) 公共复仇 (由神授权)
(2) 神的复仇——今世	(4) 私人复仇

〔45〕请看 Frye，上注〔41〕，ch.2；Catherine Belsey，"The Case of Hamlet's Conscience," 76 *Studies in Philology* 127（1979）这种矛盾观点反映在詹姆斯一世的生平中，他是哈姆莱特公司（the King's Men）的资助人。在登基英国王位之前，詹姆斯曾经是苏格兰国王，当时他曾经试图控制住在自己国家里十分猖獗的血亲复仇；但是在同时，他也是一个坚定无情的复仇者，为自己父亲被谋杀以及自己家庭所受的其他不公正待遇而进行报复。请看 Alvin Kernan，*Shakespeare，the King's Playwright：Theater in the Stuart Court 1603－1613* 37－44（1995）；请比较 Jenny Wormald，"An Early Modern Postscript：The Sandlaw Dispute，1546，" in *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*，上注〔16〕，页191。

〔46〕Lily B. Campbell，"Theories of Revenge in Renaissance England，" in *Collected Papers of Lily B. Campbell* 153，163（1968）.

我们可能会在（3）和（4）之间作出选择，而哈姆莱特则会在（2）和（4）之间作选择。当哈姆莱特称自己是代天行刑的“凶器和使者”*（第三幕第四场，行182）时，我们看到，可以把私人复仇者构建为上帝的代理人，从而把私人复仇同神祇复仇联系起来，就像把公众复仇同神祇复仇联系起来的方式一样。我们也看到，仅仅因为尘世惩罚的正式体系无法起作用就把作恶者留给上天惩罚，这种做法是不可行的。哈姆莱特对克劳狄斯复仇的理由因为一个事实而强化了，即，克劳狄斯除了是个谋杀者（他谋杀了自己的亲兄弟——就像该隐**一样）和“不道德的野兽”之外，还是一个僭主和篡位者。同纯粹因国王私生活不检点而弑君相比，诛杀暴君是一种更有辩护理由的私人复仇形式。[47]

《哈姆莱特》反对私人复仇的最强有力的理由是在实践层面上，而不是在概念层面上。哈姆莱特犯了复仇者的典型错误，他起初感情用事，然后热情冷却了。[48] 不要忘记，那一系列不必要的死亡是他引起的，因为他放弃了杀死正在祈祷的克劳狄斯的机会，原因是他想要让克劳狄斯受到永久性惩罚。克劳狄斯祈祷时的独白向观众表明，哈姆莱特是错误的，因为哈姆莱特认为，如果他杀死正在祈祷的克劳狄斯，那克劳狄斯就会得到救赎，这是哈姆莱特犯的一个很奇怪的错误。既然他从来没有幻想过克劳狄斯会自动放弃他的犯罪果实——王位和王后，那么他就应该意识到，克劳狄斯的“悔罪”一定是虚假的，“悔罪”并不会使克劳狄斯免受永久的惩罚。认为哈姆莱特没有残忍到希望让克劳狄斯受到永久惩罚的地步，或

81

---

* 中译文引自，同上译者引书，页92。——译者

**《圣经》中亚当的长子，杀害了其弟亚伯。——译者

〔47〕 Frye，上注〔41〕，页38－40。

〔48〕 这一错误是典型的；我当然不是说哈姆莱特是典型的复仇者——这是 Peter Read Teachout，“Lapse of Judgment，” 77 *California Law Review* 1259，1277－1278，1280（1989）认为我所持的观点。

者认为他饶过克劳狄斯的原因只不过是些托词，这些观点都没有文本的支持。过度嗜杀不但是复仇者所面临的职业危险，它也是哈姆莱特在第三幕中的一个明显特征。文本清楚暗示的是，哈姆莱特在复仇方面是个笨拙、没有经验的人，他基于错误的理由饶过了克劳狄斯。在做了这一切之后，并且尽管已经完全确信了克劳狄斯的罪孽，哈姆莱特仍然犹豫不决（就像他在第四幕中指责自己的那样），这导致了灾难性的后果。他过热的头脑曾经让他在克劳狄斯唾手可得的时候住手，但这时却被消极无为和过度冷淡所替代。

一个困难的问题是，哈姆莱特开始时担忧那个鬼魂是不是一个恶魔（这最初导致他推迟复仇，直到自己能够确证克劳狄斯有罪，他最终通过上演那出剧的方法得到了确证），这种担忧究竟是不是推迟的托词。在他对自己执行鬼魂的命令时无法说明、无法原谅的拖沓进行反思的过程中，哈姆莱特突然想到了这个问题。怀疑鬼魂是否诚实是对过去的耽搁予以合理化的一个方便的方法，也是进一步耽搁的借口，但是，基于该剧开始时霍拉旭（Horatio）和守望卫兵所表达的担心以及鬼魂在伊丽莎白时代的人们中间的一般名声，我们可以推断，哈姆莱特有理由担心假定的他父亲之鬼魂可能是个恶魔。现代观众不相信鬼魂或者恶魔，所以他们不会想到质疑鬼魂是否诚实，而只把它当成一种舞台表演的手法，比如一只会说话的老鼠。《哈姆莱特》最初的观众会认为鬼魂的身份（哈姆莱特的父亲？或者是假装成哈姆莱特父亲的恶魔？）是个真正的问题，这个问题很自然会困扰哈姆莱特。[49]

而且，克劳狄斯有着如此温文尔雅的风度——他是莎士比亚所写的恶棍中的斯坦利·鲍德温（Stanley Baldwin）——以至于哈姆莱特很可能会怀疑鬼魂没有证据的指控。必须有克劳狄斯的独白才能让观众相信他是邪恶的，而哈姆莱特并不是一个观众，所以，哈姆　82

[49] 请看 Frye，上注 [41]，页 14－17。

莱特突然怀疑鬼魂是否诚实是有一定理由的。这一点为该剧明显的诘问情绪所加强，这种情绪在第一行——“是谁在那儿?”——就宣示出来，并且被一些看起来不重要的场景推进（比如在一个场景里，波洛涅斯派瑞挪都（Reynaldo）去巴黎监视雷欧提斯），剧中人物的大量误解也推进了这一点（比如，哈姆莱特认为挂毯后面的人是克劳狄斯，或雷欧提斯认为是克劳狄斯杀死了波洛涅斯）。[50] 哈姆莱特的怀疑也显示了困扰着复仇司法体系的证明问题（《奥赛罗》中也强调了这个问题），因为复仇司法体系没有调查和判断的机制，这个问题同样困扰着16世纪的审判，[51]但是这个怀疑不但来自于客观的环境，也来自于哈姆莱特的性格。他不断地自责，因为自己耽搁了鬼魂的指令，而且，一直到第五幕，在哈姆莱特满意地确认了鬼魂诚实以后很久，他仍然怀疑自己是不是有足够的证据对克劳狄斯采取行动。[52]

耽搁的一个充分的动机看起来可能是克劳狄斯拥有武力，或者他有卫兵保护，或者有人会为他被杀而复仇，但是，这些推测在该剧的文本中没有什么基础（这与《西班牙悲剧》不同）——而且，实际上，当哈姆莱特在该剧结尾时刺杀克劳狄斯然后给他灌下毒药时，没有人动过一个手指。尽管有必要使用贵族的标记来提升剧中人物在伊丽莎白时代的人心目中的地位，并且让剧中人物足够地高于法律，从而使复仇的责任变得可信，但是，在莎士比亚的罗马戏

---

[50] 最为奇怪的误解之一就是认为欧菲莉亚是自杀，这在文本中没有根据，而不是因为她精神失常偶然淹死的。

[51] 请看 Alexander Welsh, *Strong Representations: Narrative and Circumstantial Evidence in England* 132－134 (1992).

[52] 即使在今天仍然有人认为那个鬼魂是恶魔，而哈姆莱特是他有意或无意的帮凶。请看，例如，Arthur McGee, *The Elizabethan Hamlet* (1987). 但是，如果我们接受这种解读，那么“我们所得到的就是一部时事性作品，它表明极端的悲痛完全像克劳狄斯认为的那样邪恶，也表明悲伤是怎样成为撒旦手中武器的” Graham Bradshaw, “Hamlet in the Prison of Arden,” *London Review of Books*, Sept. 2－15, 1992, p.12.

剧和历史剧中十分突出的政治寓意在这里却是缄默的。凯歇斯必须组织一次反叛才能刺杀恺撒，《哈姆莱特》中并不存在暗示表明哈姆莱特在对付克劳狄斯时遇到了什么政治问题。

可能伊丽莎白时代的观众比现代观众更加容易为王位的威严以及新约的禁止复仇所感动，所以他们会想当然地认为，鬼魂的命令不能很快、轻易地执行。剧中提到国王的瑞士卫兵；波洛涅斯以及后来的罗森格兰兹和吉尔登斯吞都被派去监视哈姆莱特；罗森格兰兹的"君主的薨逝（cess of majesty)"*的演说（第三幕第三场，行15－23）；以及克劳狄斯对乔特鲁德说的话（尽管它十分具有讽刺意味）："不要担心他会伤害我的身体，／一个君主是有神灵呵护的，／叛逆只能在一边蓄意窥伺，作不出什么事情来"**（第四幕第五场，行126－129），这些都可能是这些观众所需要的所有暗示。但是哈姆莱特本人没有表达这些方面的担忧，他的言语和行为表明，他耽搁和失误的基本原因是他的性情不适于扮演复仇者的角色，他不是温戴斯、泰特斯、希艾罗尼姆（不过希艾罗尼姆确实有过一点犹豫）、克拉斯或者俄瑞斯忒斯。[53] 就像他父亲的鬼魂在第三幕返回时告诉哈姆莱特那样，也像哈姆莱特不停地告诉自己的那样，他不具有一个适当的复仇者所具有的无法平息的愤怒、专注一致的狂怒、滔天的激愤。"生存或毁灭"这段独白是描写处于思想

---

* 中译文引自，朱生豪译、吴兴华校，《哈姆莱特》，载于《莎士比亚全集（九）》，人民文学出版社，1978年，页83，——译者

** 中译文引自，同上，页107。——译者

[53] 这并不是否认俄瑞斯忒斯和哈姆莱特之间有趣的类似之处，这是由吉尔伯特·摩利（Gilbert Murray）首先指出的。关于最近的讨论，请看 A. D. Nuttall, *The Stone in Love: Selected Essays on Literature and Ideas* 34－38 (1989)；并且请比较 Kerrigan，上注［2］，页173－174。但是哈姆莱特在经典作品中的更好前辈可能是忒勒马科斯（Telemachus，奥德修斯和珀涅罗珀的儿子，帮助他的父亲杀死珀涅罗珀的求婚者——译者），直到发现自己的父亲仍旧活着时，他仍然十分清楚自己因为求婚者对自己父母不敬而惩罚他们的责任，但是他年龄太小，不能够履行自己的责任，所以一直烦恼、生闷气。

矛盾状态（即能够看到每一个问题的正反两面的头脑）时最常引用的段落，也是对不采取行动所作的一个聪明的理性化过程。但这里并不仅仅是一个思考习惯的问题。哈姆莱特是易变的，他明显表现出冲动，反面则是他的迅速冷却。他请鬼魂赶紧告诉自己谋杀的细节，这样“让我驾着像思想和爱情一样迅速的翅膀，/飞去/把仇人杀死”*（第一幕第五场，行30–33），这时，他好像已经意识到了，除非自己尽快行动，他可能根本不会采取行动——他最初的愤怒可能会让路给自己性格中冷漠和沉思的一面。

哈姆莱特也没有那种过度发展的——同时也是自动的、毫不犹豫的——荣誉感，这种荣誉感的很好例证是福丁布拉斯，他愿意为一块没有价值的土地而牺牲成千上万的生命。哈姆莱特受到他在独白中表露的丰富想像力的折磨，被一个从复仇角度看来是细枝末节的问题所困扰：他母亲的通奸和乱伦。（这是一个枝节问题，因为他母亲并没有参与谋杀他父亲，也因为他父亲已经告诉过他不要伤害她。）哈姆莱特是个思考者，却不是安东尼那样的计划者。他可能因为知道自己也不像安东尼那样善于掩饰因此具有一种“怪诞的性格倾向”。与完成父亲鬼魂交给自己的任务相比，哈姆莱特看起来更感兴趣的好像是叔叔和母亲的行为之于人类状态的寓意。在前四幕中，哈姆莱特惟一“成功”的事情就是在去英国的行程中逃出了克劳狄斯所设的圈套，而且，因为这是运气或天意的缘故——一种模糊的不安促使哈姆莱特在罗森格兰兹和吉尔登斯吞的东西中搜寻杀死自己的酬劳，并且，第二天同海盗的战斗让他能够在克劳狄斯发现信使的命运之前赶回丹麦——因此在第五幕中，哈姆莱特更有理由采取一种宿命的姿态。

我希望大家不要以为我在批评哈姆莱特。他是一个如此有思想

---

* 同上译者，页28。——译者

的人——是一个书呆子（在《哈姆莱特》中，书是一个重要的道具[54]），一个大学生，一个质疑自己所处的腐化社会的人，一个想在行动之前静思的人[55]——以至于他不具有他父亲和福丁布拉斯的那种冷酷的专注，这两个人都是基于荣誉和复仇的传统社会的安乐居民；但这些全都是他的正面因素，特别是当我们考虑到他的社会（更确切地说是《哈姆莱特》的最初观众的社会）对复仇所持有的那种矛盾态度时，就更是如此。但是，如果说我认为作者意图让我们认为哈姆莱特是一个非常让人同情、受人敬仰的人物，更不用说他这么勇敢、是这么好的击剑者（就像我们在最后一幕中了解到的），可是如果连他都不能避免在复仇文化中搁浅，那么我们对这样的文化就有了更多的了解。

因此，《哈姆莱特》是对复仇的批评。是否应该认为这是莎士比亚对复仇的"立场"呢？仅仅提出这个问题就犯了三个错误：把一部文学作品暗含的道德价值观投射到作者身上；想让文学具有教化或者教育作用；以及试图在不分析具体情况的条件下去评价复仇道德。莎士比亚的作品表现了对复仇的多种态度，《哈姆莱特》处于中间，一端是像《泰特斯·安德洛尼克斯》、《裘利斯·恺撒》、《李尔王》和《麦克白》这样的戏剧，它们对复仇的描述或多或少是没有批评的，而在另一端是《威尼斯商人》和《罗密欧与朱丽叶》，它们彻底地摒弃了复仇。蒙太古家族（the Montagues）同凯普莱特家族（the Capulets）之间"古老的怨恨"被描写得很可笑，但并不有趣，因为这一世仇的根源已经被人遗忘了（这不同于《威尼斯商人》中犹太人对基督徒"古老的怨恨"的根源），还因为这一世仇发生于一个被描写为文明、现代、受到良好统治的城市国家里；因

[54] Alastair Fowler, "The Case against Hamlet; Understanding the Multiple Viewpoints of Shakespeare's 'Renaissance Realism,'" *Times Literary Supplement*, Dec.22.1995, pp.6, 7.

[55] Frye，上注[41]，页170－171。

为提伯尔特（Tybalt）的恶意没有什么动机；因为互相仇杀的两个家族的家长因罗密欧和朱丽叶的死而幡然醒悟，很快就结束了仇杀；也因为罗密欧和朱丽叶的爱使他们家族之间充满怨恨的互相仇杀看起来更加荒谬。

威廉·福克纳(William Faulkner)的故事《马鞭草的味道》(*An Odor of Verbena*)以一种令人惊奇的方式解开了哈姆莱特的两难困境,这个故事是他结构松散的小说《不可战胜》(*The Unvanquished*)的最后一章。故事发生于美国内战后不久,地点是密西西比。萨托里斯(Sartoris)上校是个老南方传统中的[56]暴力、好斗的人，他同一个当地的商人雷蒙德（Redmond）素有不合。一场决斗在所难免。但是萨托里斯“杀人杀累了”，他告诉自己的儿子白亚德（Bayard）说，自己打算不带武器去同雷蒙德会面。白亚德是个法学院学生，象征着将从老南方的灰烬中崛起的新南方。第二天，萨托里斯去了雷蒙德的办公室，雷蒙德杀死了他。后来发现萨托里斯是带了武器的，并且，尽管他显然没有拔出自己的枪，但是萨托里斯的支持者还是认为这是一场公平的决斗，他们认为白亚德会为他父亲的死复仇。可是，白亚德决心放弃复仇伦理。他父亲死后第二天，他去了雷蒙德的办公室，没有带武器，进到房间里，朝雷蒙德所坐的桌子走去。雷蒙德开了两次枪，但是他故意瞄偏，没有打中。当白亚德来到桌子前的时候，雷蒙德站了起来，戴上帽子，勇敢地步行穿过聚集在外面的萨托里斯支持者——他的勇敢在于，他知道他们认为他已经杀死了白亚德——然后一直走到火车站，他登上了下一班离开密西西比的火车（没带行李——没带任何东西），再也没有回来。

[56] 请看 Wyatt - Brown,上注[15],第 2 章和页 352(1982 年);Jack K. Williams, *Dueling in the Old South: Vignettes of Social History* (1980);Edward L. Ayers, *Vengeance and Justice: Crime and Punishment in the 19th Century American South* (1984).

萨托里斯的支持者们起到一种合唱声部的作用，像在古希腊悲剧中一样道出了传统的智慧，他们坚持认为，白亚德应该为萨托里斯上校复仇，但是，当他们知道了白亚德所做所为时，他们被白亚德的勇敢打动了。白亚德已经说服了大家，雷蒙德也赞成了他的观点。

“白亚德害怕被人诋毁为懦夫，做了比规范的要求还要勇敢的事情：他去了谋杀者的办公室，这就尊重了规范，但是他以自己的生命危险为代价，决定不朝雷蒙德开枪，这样做又超越了这一规范。”[57]我们也可以认为哈姆莱特超越了他父亲简单的荣誉规范，因为他抵制了它的意涵，但却最终达到了父亲为他设定的目标。克劳狄斯最终死了，就像雷蒙德最终放逐了自己一样。

86

萨托里斯上校有一位年轻妻子，名字叫德鲁塞拉（Drusilla），她只比白亚德大几岁，而且她已经同白亚德相爱了。（就好像乔特鲁德是哈姆莱特的年轻继母！）在白亚德的父亲告诉白亚德自己第二天将要不带武器面对雷蒙德的时候，白亚德几乎就要告诉自己的父亲自己同德鲁塞拉之间的关系，但是白亚德没有说。（白亚德认为父亲会被杀死吗？或者希望父亲被杀死？）当上校死了之后，德鲁塞拉极度想让白亚德去为他复仇，她要求他带上两把巨大的决斗用的手枪，对她来讲，它们好像有生殖崇拜的意涵。当白亚德饶过雷蒙德之后回到家里时，德鲁塞拉已经走了，显然永远不会回来。在摒弃复仇伦理的同时（为了法律的统治？别忘了，白亚德是个法学院学生），白亚德也并非完全自愿摒弃了全部的传统南方价值观，在这种价值观中，男性气概同时刻准备为捍卫荣誉而杀人紧密相连。

如果说白亚德是不愿意扮演复仇者的角色，那么哈姆莱特就是不能扮演好复仇者的角色。理查德·维斯保不同意，他不是把哈姆

---

〔57〕 Cleanth Brooks, "The Criticism of Fiction: The Role of Close Analysis," in Brooks, *A Shaping Joy: Studies in the Writer's Craft* 143, 148 (1971).

莱特的犹豫和错误归咎于复仇所具有的问题，而是把它们归咎于哈姆莱特对克劳狄斯的嫉妒，因为克劳狄斯在哈姆莱特失败的地方是成功的——这个地方就是杀人的阴谋；他还把它们归咎于哈姆莱特不愿意为了自己能在克劳狄斯死后顺利继承王位而对克劳狄斯谄媚。[58]在这种分析中，哈姆莱特代表了弱小无力的表白者，他遇上了尼采的“主人”或者 *Übermensch*，* 而主人是高于复仇的，就像我们将在第5章中看到的。

哈姆莱特满怀愤恨，而且他很自然会这样。但是该剧把克劳狄斯描写为一个行为鬼祟的人、骗子、酒鬼、庸人和体弱的人，他剥夺了一个比自己优秀得多的人（即老哈姆莱特）的地位、妻子和生命，也剥夺了另外一个比自己优秀的人（即小哈姆莱特）从父亲那里继承王位的预期（这不是世袭王朝那种自动继承，但显然仍然可以这样假定）。克劳狄斯有着文雅的举止，政治上很精明——他巧妙地避免了福丁布拉斯和雷欧提斯一前一后对自己王位的威胁；但这些都是哈姆莱特并不欣赏的老年人优点。他不大可能嫉妒克劳狄斯，剧中也没有暗示有这种嫉妒的，没有什么暗示说克劳狄斯控制着王位继承，或者存在与哈姆莱特竞争王位的人选，他看起来愿意让哈姆莱特继承自己的王位，只要他能够继续平安地统治国家和享受乔特鲁德。哈姆莱特没有试图讨好克劳狄斯——事实恰恰相反。

就像维斯堡所说的，哈姆莱特对自己同父亲的鬼魂相遇后的境遇的反应是“一般化的消极”。[59] 哈姆莱特变得对女人、自己以及整个人类都感到反感；这种反感，而并非鬼魂给他安排的任务，成为他关注的焦点。直到他去英国航行失败返回丹麦，哈姆莱特仍然

87

---

〔58〕 请看 Richard Weisberg, “Hamlet and Ressentiment,” 29 *American Imago* 318 (1972); Weisberg, *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction* 8–9, 27 (1984).

* 德语，意为“超人。”——译者

〔59〕 “Hamlet and Ressentiment,” 上注〔58〕，页325。

听天由命，却不再反感。但是哈姆莱特的一般化的消极不能被等同于对克劳狄斯的嫉妒，而且哈姆莱特自己——尽管有着所有犹豫和冲动，他仍然毫无疑问是剧中的英雄——并不是尼采的“牧师似的人”或者“最后的人”。相反，到该剧的最后一幕，哈姆莱特已经变成了尼采的自我超越者，太“大”以至于不能谋划复仇。哈姆莱特在冲动的情况下杀死了克劳狄斯，当时他发现母亲喝下了本来意图让哈姆莱特喝的毒酒。他曾经说过“结果鲁莽对了”*（第五幕第二场，行7），这颇有尼采的风格，并且克劳狄斯曾经把他描述为一个“粗心的人，一向厚道，想不到人家在算计他”**（第四幕第七场，行135－136），这也很适用于琐罗亚斯德（Zarathustra）。***更早一些，当波洛涅斯指令表演者按照他们“应得的名分”来“对待他们”（给以食宿）的时候，哈姆莱特责备了他：“嗳哟，朋友，还要客气得多哩！要是照每一个人应得的名分对待他，那么谁逃得了一顿鞭子？照你自己的名誉地位对待他们；他们越是不配受这样的待遇，越可以显出你的谦虚有礼”****（第二幕第二场，行529－532）。这段话就预示了最后一幕中的宿命论和宽宏大量，在这段话里面，哈姆莱特摒弃了对支撑复仇体系的均衡、互惠和记账（还有很多）的关切，哈姆莱特正在超越尼采后来批评的充满怨恨的复仇体系。在《威尼斯商人》中发生了同样的事情，充满怨恨的复仇者夏洛克还有巴萨尼奥（Bassanio）（特别是他选择了铅制的棺木而不是金银）都摒弃了记账的进路。在《威尼斯商人》中，“贪婪者和

---

* 中译文引自，朱生豪译，吴兴华校，《哈姆莱特》，载于《莎士比亚全集（九）》，人民文学出版社，1978年，页130。——译者

** 中译文引自，同上，页116。

*** 波斯的琐罗亚斯德教的创始人，在阿维斯陀圣经中阐明其教义，在宇宙中光明与黑暗势力的斗争中，教导人们崇拜光明神奥尔穆兹德。——译者

**** 中译文引自，朱生豪译，吴兴华校，《哈姆莱特》，载于《莎士比亚全集（九）》，人民文学出版社，1978年，页58。——译者

囤积居奇者失败了；施舍者打赌并且胜利了”。[60]

88

正如尼采和弗洛伊德关系密切一样，维斯堡对《哈姆莱特》的尼采式解释同弗洛伊德的解读之间也存在密切联系，弗洛伊德的解读把哈姆莱特的犹豫归咎于俄狄浦斯情结。[61] 通过杀死哈姆莱特的父亲、娶了哈姆莱特的母亲，克劳狄斯做了哈姆莱特本人（一个弗洛伊德主义者会这么说）潜意识中想要做的事情，所以哈姆莱特等同于克劳狄斯，并且杀死克劳狄斯的想法对哈姆莱特来讲有着双重困扰。杀死克劳狄斯就是杀死自己；而取代克劳狄斯当国王就在象征意义上暗示了同乔特鲁德结婚。文本中并不存在支持这些臆测的基础，但是，同我们在很多《哈姆莱特》批评中所看到的相比，这些臆测（还有维斯堡的臆测）还算是平淡的。[62]请想一想基于该剧中一个次要困惑的怪诞推测：在剧中剧第一次以无声表演（哑剧）的形式演出时克劳狄斯没有作出反应，尽管按照莎士比亚的舞台说明描述的，这部哑剧描绘了其中的坏人琉西安纳斯（Lucianus）把毒药灌入国王的耳朵里——就像克劳狄斯对哈姆莱特的父亲所做的一样——然后成功地向王后求爱。一种推测是，克劳狄斯没有因哑剧感到吃惊的原因是他以前曾看过这部剧，并且是从这部剧中获

[60] Joseph Pequigney, "The Two Antonios and Same-Sex Love in *Twelfth Night* and *The Merchant of Venice*," in *Shakespeare and Gender: A History* 178, 190 (Deborah Barker and Ivo Kamps eds. 1995). 尽管这篇文章有着如此的题目，但是作者让人信服地以论证反对了一些现代批评者所提出的假说，即安东尼奥（Antonio）和巴萨尼奥之间的关系是性爱关系。请看同书，页 187

[61] 对《哈姆莱特》进行的弗洛伊德式的解读首先出现于 1900 年的 *The Interpretation of Dreams*，后来由 Ernest Jones, *Hamlet and Oedipus* (1949) 进一步发展。

[62] 请看，例如，Jacques Lacan, "Desire and the Interpretation of Desire in *Hamlet*," *Yale French Studies*, n.55/56, p.11 (1977); Ned Lukacher, *Primal Scenes: Literature, Philosophy, Psychoanalysis*, ch.6 (1986); *Shakespeare and the Question of Theory*, part 4 (Patricia Parker and Geoffrey Hartman eds. 1985).

得了谋杀哈姆莱特父亲的方法。[63] 在这种观点里，惟一让克劳狄斯感到警觉的是，在口头表演版本中琉西安纳斯是剧中国王的侄子而不是兄弟，这暗示着哈姆莱特可能会向克劳狄斯复仇。把谋杀者从兄弟转变成侄子，这确实把哈姆莱特拉入了剧中剧，并且，通过表明哈姆莱特是个谋杀者，它预示了他即将杀死波洛涅斯，这又使哈姆莱特同雷欧提斯的关系变得类似于克劳狄斯同哈姆莱特的关系。但是，认为克劳狄斯此前曾看过这部剧，这种想法没有根据。

一个批评者曾说过，通过上演剧中剧，哈姆莱特"是在努力再现他婴儿时瞥见父母性交的情景"[64] 另外一位批评者认为"克劳狄斯犯罪的方式在象征意义上表明，克劳狄斯用词语毒死了自己的兄弟，更具体地说，这些词语向老哈姆莱特表明他克劳狄斯知道自己哥哥背信弃义的行为，是他毒死了老福丁布拉斯"，并且是在波洛涅斯的帮助下做到的。[65] 文本中没有什么线索表明老福丁布拉斯是死于谋杀。他死于一场同哈姆莱特父亲进行的公平决斗——决斗是老福丁布拉斯引起的。[66] 《哈姆莱特》批评中的过激观点表明，在"解释"文学作品时一些文学批评者觉得自己可以自由地游离到文本之外，甚至可以同文本相互抵触；这让我们事先尝到了文

〔63〕 Lukacher，上注〔62〕，页 231－232。

〔64〕 同书，页 225，注〔70〕，总结的是奥托·兰克（Otto Rank）的一个理论。这个理论也在 Stanley Cavel，*Disowning Knowledge in Six Plays of Shakespeare*，ch.5（1987）中得到了辩护。卡维尔（Cavell）也以同样的脉络论证说，奥赛罗杀死苔丝狄蒙娜是因为他"对人类的性行为感到恐怖"。同书，页 137。"我们可以把他［奥赛罗］在心中对逻辑的拷问作如下的重述：［在我们的新婚之夜］我或者让她流血并让她受伤了，或者我没有。如果我没有，那么她就不是一个处女，而这是对我的侮辱。如果我做了，那么她不再是一个处女，而这也是对我的一个侮辱。不管怎样我都受到了污染。"同书，页 135。

〔65〕 Lukacher，上注〔62〕，页 225－226，归纳的是尼克拉斯·亚伯拉罕（Nicolas Abraham）的一个理论。

〔66〕 请注意，在放弃了对丹麦人进行复仇的努力之后，小福丁布拉会——该剧的结尾让我们这样认为——继承克劳狄斯当丹麦国王。这可以被当作对复仇道德的又一暗含批评。

学理论和法律理论中如今的时尚，后面章节将有讨论。

89 阿基琉斯同哈姆莱特之间存在着有趣的类似之处。两个人都完全支配着自己的虚构世界，因为他们拥有其他人物感到的自然权威，也因为他们有着无比的冷漠和洞察力。两个人都年轻气盛，但都在自己短暂生命即将终结时很快成熟起来了。在两个人身上，从年轻向成熟的转变都由一段不在场的时间来象征，阿基琉斯是在自己的帐篷里坐观战争，哈姆莱特去英国失败的航程。哈姆莱特的返回——他被带到丹麦海岸时是赤身裸体的（或者说他给叔叔的信里面是这么写的）——象征着一种再生，这使读者能更容易接受他突然变得成熟起来这一事实。两个人物都抵制性格和命运为他们安排的任务：阿基琉斯要同特洛伊人作战，哈姆莱特要为父亲被害和母亲蒙羞进行复仇；并且，在思考这些任务时，他们打断了这些任务的进程。两个人都无意中导致了自己最近或最亲的人的死亡，也导致了很多旁观者的死亡。

人是这样一种动物，他可以想像成功的生活但却不能达到它；他可以想像恒久的幸福，却知道自己会死；他可以想像一个更美好的世界，却知道，在自己的生命中，任何改善都将微乎其微；他可以想像轻松的生活，生活却充满挫折。就像莎士比亚的特洛伊罗斯（Troilus）说的，意愿是无限的，执行起来却有限制；愿望是无界的，行动起来却是界线的奴隶。这些让人不快的事实——用弗洛伊德的话说就是“自恋情结”，让人震惊地“意识到我们在本质上的无助、孤独”[67]——要经过一段时间才能为人理解。大多数年轻

〔67〕 Martha Grace Duncan, *Romantic Outlaws, Beloved Prisons: The Unconscious Meanings of Crime and Punishment* 96 (1996). 这是对《哈姆莱特》的弗洛伊德式解读的萌芽，同我所引用的其他弗洛伊德批评者所建议的解读相比，它会更加紧密地联系于该剧的文本。

人都生活在傻子乐园里，认为如果没有那些统治这个世界的老人的恐惧和犹豫，他们就可以实现自己的梦想，就可以改正这个世界上所有不完美的地方。他们的想像还没有受过现实的洗礼。

开始时，作为明显的年轻人，[68]在显赫成人手中，阿基琉斯和哈姆莱特突然地、野蛮地惊醒于这个世界的本质——阿基琉斯是因为阿伽门农夺走了他的战利品，哈姆莱特是因为母亲过快的并且是乱伦的重婚以及自己同鬼魂的遭遇。他们以年轻人纯真的愤怒对这些现实作出反应。"哈姆莱特危险的、破坏性的性格倾向——这既不是疯子行为也不是神智清醒，而是在否定那些限制自己的社会权威——永远定义着年轻人的自由和无力。"[69]再后来就是同现实妥协、学会在世界上生存、理解错误和灾难在所难免，这是一个痛苦的过程。[70]

90

作为关于成熟过程的文学作品，这些作品的特征表现于起初令人震惊的事件引发了主人公的宏大思考。阿基琉斯开始思考一个并不是选择的选择：尽管他可以自由决定选择短暂但光荣的一生，或选择漫长但不光荣的一生，但他的性格让这种选择变成了意料之中的结论。我们会在很短一段时间后死去，但是可以作为人类社区的一员而在后代的记忆中永生。阿基琉斯的功勋会在几百年之后由荷马吟唱，[71]但这些功勋必须是光荣的，这就暗示着要承担风险，暗

---

〔68〕他们所给人的年轻的印象被这两部戏剧中突出的长者所加强——《伊利亚特》中的内斯特和《哈姆莱特》中的波隆尼尔。李尔（尽管他年纪很大，但他不是类似于内斯特或者波洛涅斯，而是同阿基琉斯和哈姆莱特有类似之处）是处于自己的第二个童年时代：他让自己不承担义务的努力和他对无限的爱的要求是孩子的行为特征。

〔69〕Barbara Everett, *Young Hamlet: Essays on Shakespeare's Tragedies* 22 (1989).

〔70〕所以，对于在《哈姆莱特》后半部分鬼魂不再出现的一种解释就是，哈姆莱特已经变成了自己的父亲——并且，就像他父亲一样，也会被克劳狄斯杀死。同书，页126。

〔71〕关于希腊人对于由口头词语激活的名声（*kleos*）的重要性的观点，请看 Jesper Svenbro, *Phrasikleia: An Anthropology of Reading in Ancient Greece*, chs. 3–4 (1993).

示着更大的英年早逝的概率。所以短暂但光荣的一生实际上要长于漫长但不光荣的一生；我们只有通过主动的死亡才能欺骗死亡。这比年轻人情愿接受的胜利要有限得多。

哈姆莱特的思考则沿着一条不同的道路进行，他发现的是人类两难境地的另外一面：极端的邪恶——克劳狄斯深藏不露的狠毒以及乔特鲁德缺失的品味和性的规矩，反映了人身上的兽性；机遇在人类事务当中扮演的角色；把动机和愿望转变为有效行动时所遇到的困难；[72] 我们是多么容易逃避责任并且多么容易找到逃避的理由；以及在人际关系中缺乏坦诚（这种缺失表现在波洛涅斯，当然还有克劳狄斯、乔特鲁德、罗森格兰兹和吉尔登斯吞，甚至也表现在奥菲利娅身上）。哈姆莱特发现，每个人都在表演（这是在表演这个词的不体面意义上说的），并且，如果行动想要有效果的话，哈姆莱特自己也必须变成一个演员，甚至是一个舞台经理。剧中人物引用了伊甸园以及该隐杀死亲兄弟的典故，描写了真实可信的恶人——克劳狄斯，特别是乔特鲁德没有伊阿古（Iago）* 或者高纳里尔（Goneril）** 那种表面化的恶毒（实际上，乔特鲁德对哈姆莱特的爱极为感人），以及剧中虚构的丹麦从一开始就笼罩在一种酗酒和风流艳事的氛围之中（这种气氛是由剧中惟一一个完全直率的主要人物霍拉旭始作俑的），所有这一切都强调了呈现在哈姆莱特眼前的邪恶和缺失具有根深蒂固的性质。哈姆莱特在第五幕中表现的那种听天由命的态度反映了他对人类状态本质的一种来之不易的理

[72] 《哈姆莱特》的一个主题就是耽搁同冲动所同样具有的宿命性。当他犹豫的时候，就像他没有在祈祷的那场戏里杀死克劳迪的时候，以及当他冲动地行事的时候，就像他刺死波洛涅斯的时候，哈姆莱特通常都做得很差。该剧特别强调了计划的无用性，所以也就是强调了人类事件中偶然因素的重要性。该剧没有建议任何恰当的媒介或者任何最佳的思考步调。

* 莎士比亚剧作《奥赛罗》中的反面人物。——译者

** 莎士比亚的《李尔王》中李尔的长女名，是冷酷、不孝的典型。——译者

解，也反映了他有准备地面对它的决心（但哈姆莱特还没有做到这一点，因为他没有检查剑有没有被涂毒就接受了钝头剑），而不是以注定泡汤的周密计划来面对它，就像哈姆莱特用演员的计划泡了汤、克劳狄斯用罗森格兰兹和吉尔登斯吞的计划以及后来用雷欧提斯的计划泡了汤一样。我们并不是在自己梦中生活，那些生活在自己梦中的人，就像麦克白和浮士德，发现这些梦都是些恶梦。

描述《伊利亚特》和《哈姆莱特》，特别是后者主题发展脉络的另外一种方式是把它们描述为在这个世界上感到安适的过程。在该剧开始的时候，特别是在王位房间的那个场景中，哈姆莱特穿着黑色孝衣，抢白自己的叔叔和母亲因此与其他人物截然不同。他显然在自己的世界里不感到安适，这种不安适感一直到第三幕都非常明显。但是，后来，特别是在最后一幕中，不管哈姆莱特是对霍拉旭说教，或是在奥菲利娅的墓中同雷欧提斯扭斗，或是同奥斯里克（Osric）唇枪舌剑，或是同雷欧提斯真刀真枪，他都表现得特别安适，并且他这种安适感赋予了他短暂的生命一种完整感。在你放弃了对未来的计划并且开始一天一天生活之后，你才真正地开始生活，这个思想在几个世纪之后再次出现在《红与黑》中。裘利安·索列尔在自己被处死前不久放弃了野心，开始过“一种没有过去和未来的生活，一种永远处于现在时的生活，一种一天天过的生活”，在这时，他变成了“配得上斯汤达的人物”。[73]在裘利安表演他从拿破仑回忆录中找到为野心勃勃的穷孩子写的脚本时，他并不是“他自己”。当哈姆莱特努力成为他父亲的复仇工具时，哈姆莱特也不是他自己。

92

所以，把《伊利亚特》和《哈姆莱特》装进一个贴着“复仇文学”标签的盒子，然后把它们放在那里，这会是一个过分简化的糟

---

〔73〕 Georges Poulet, "Stendhal and Time," in *Stendhal, Red and Black: A Norton Critical Edition* 470, 473 (Robert M. Adams ed. 1969).

糕做法。尽管如此，复仇文学是一个自恰的文学类型——实际上是一个“超文学类型”，其中包括了很多像伊丽莎白时代和詹姆斯一世时代的复仇戏剧这样的具体文学类型——《伊利亚特》和《哈姆莱特》这两部作品就是属于这个类型；而且，不只是对这一文学类型的理解，还有对复仇作为一种极不完美但有时别无选择的社会习惯的理解，都能帮助我们理解这两部作品。阿基琉斯和哈姆莱特不仅仅是复仇者，但那是他们不可或缺的一个组成部分，并且对我们理解他们为什么那样行为或者，在哈姆莱特的情况里，他为什么不按照鬼魂告诉他的那样行为有着重要意义。这些作品为作为司法体系的复仇提供了一个批评视角，尽管作者们还有更为宏大的目的。这种批评的视角预兆了并且戏剧化了本章的第一节所概述的社会科学批判。

▼
▼
▼
第三章

法律理论的对立

从索福克勒斯到雪莱的法理学戏剧

在概念和制度两个方面，经过沉思之后，可以把法律看作是为一系列对立撕扯的，比如法律与衡平、规则与裁量、实在法与自然法、习惯法与制定法、法官与陪审团——甚至可能包括男性与女性；这些对立给法理学提供了结构和对象。这些作品也关系到本章和下一章讨论的一些出色的虚构文学作品，这些作品一起构成了有关法理学的哲学和法律文献的无比生动的补充读物。

93

请考虑一下欧里庇得斯在《赫卡柏》中对历史上的法理所进行的戏剧化工作。特洛伊战争刚刚结束，希腊舰队载着赫卡柏和其他沦为奴隶的特洛伊女人，在从特洛伊城返回的路上停泊在了色雷斯。赫卡柏得知色雷斯国王勃利迈斯特（Polymestor）杀死了她惟一幸存的儿子勃利多鲁斯（Polydorus），普里阿摩斯把勃利多鲁斯和大量黄金一起托付给了勃利迈斯特，希望这个孩子和黄金不受到战争的威胁。勃利迈斯特承认自己杀死了勃利多鲁斯，但是他说自己这么做是为了保护希腊人，以免勃利多鲁斯重建特洛伊城，为他父

亲之死和毁灭了他家庭的其他灾难复仇。如果这是真的，那么它就不是无足轻重的说法，但是赫卡柏确信这是假的，她认为勃利迈斯特阿杀死勃利多鲁斯是为了得到黄金。在该剧中的两个非正式“审判”中的第--个，她恳求阿伽门农对勃利迈斯特施加惩罚：

94

请替我复仇，对那个背叛的朋友
他蔑视天堂和地狱的每一个神
干下了残忍的谋杀。
　　在我们的桌子前
他曾是我们的常客，我将他作为朋友
中的第一人，尊敬他，给他荣耀，
他受到一个人可能受到的每一种友好——
然后，以冷酷的权衡，杀害了
我的儿子……
　　我知道我是一个奴隶，
奴隶是弱者。但众神是强有力的，在众神之上
更站立着一些绝对的，一些道德命令
或者坚定的、最后的法律原则。
根据世界赖以运行的这个道德律；
众神赖以它而存在的道德律；我们赖以生存，
界定善恶的道德律。
　　请适用那些法律
于我。如果你现在轻视这些法律，让那些
冷酷谋杀或公然蔑视众神的人
不受惩罚，那么人间正义衰萎。

就是从根本上败坏了。（行 790 – 805）[1]

作为一个没有任何公民权利的奴隶，赫卡柏很自然会诉诸自然法[2]而不是诉诸某个特定政治社区的法律。她也很自然会讲到根源于本能的复仇，而没有讲到刑事惩罚，因为刑事惩罚是实在法的一部分。不管怎样，该剧描绘的军事社会中也不存在正式司法制度。我们倾向于认为，惩罚不正当杀人行为的基本社会规范出现要早于实在法制度，并可能规定了纯粹实证的法律概念雏形，而且，欧里庇得斯的观众还知道阿伽门农也会受到自然法的惩罚——知道他会因为杀死自己的女儿、违反了自然法而被杀死。

尽管阿伽门农同情赫卡柏的请求，但他不愿采取对勃利迈斯特不利的行为。赫卡柏幸存的女儿卡珊德拉（Cassandra）是阿伽门农的情人，如果阿伽门农在赫卡柏同勃利迈斯特的争端中站在特洛伊一边，那么他会被怀疑有偏私，因为勃利迈斯特是希腊人的盟友。他解释说（行 852 – 861）：

95

就正义而言，神知道

---

〔1〕 我所引用的是 William Arrowsmith 所翻译的《赫卡柏》，in *The Complete Greek Tragedies*, vol. 3: *Euripides* 495 (David Grene and Richmond Lattimore eds. 1955)。

〔2〕 如果她正在做那件事的话；因为 *nomos*，阿罗史密斯翻译为“某种绝对的道德秩序”，具有多种含义，自然法只是其中之一，并且不一定就是所意图的含义。Martha Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy* 400 n. * (1986)，认为它是“一种人类的而不是一种永恒的 *nomos*”。但是她自己对出现这个词的句子的翻译——“神是强有力的，而统治他们的那些传统（*nomos*）也是强有力的”（同书，页 400）——表明了一种神的支持（除非赫卡柏认为神是人类想像的产物，尽管如果她那么认为的话她就不会对阿伽门农讲那些话，因为这会减弱她的请求）。因为一种完全人造的规则怎么可能统治众神呢？努斯鲍姆对 *nomos* 的解释在 John Kerrigan, *Revenge Tragedy: From Aeschylus to Agamemnon* 352 (1996) 和同书页 352 注〔14〕中所引用的书中受到了质疑。但是欧里庇得斯特别不传统，有时会把不正统的话放到他人物的口中。

没有什么比对这个谋杀者
提出指控更使我愉快。
　　但我的位置
在此非常微妙。如果我为你复仇，
军队肯定会指责我密谋了
色雷斯国王之死，是因为我对
卡珊德拉的爱。这是我的为难之境。军队
认为勃利迈斯特是他们的朋友，
认为这个孩子是他们的敌人。你爱你的儿子，
但你的爱与这些希腊人又有什么关系？
请你站在我的位置上想一想。

阿伽门农的回答有两个方面值得注意。第一个方面是，他把完全是权宜的考虑同自然法规则放在一起衡量；他显然认为人类执行的法律应反映或至少应迎合公众的意见，在这里公众的意见就是希腊军队的意见。他的观点与现代法官的观点相距并不那么遥远。一个标准的司法上的虚饰就是承认诉讼一方有自然正义，却还是判他败诉，理由是，在某种观点看来只是公众意见结晶的实在法让他的对手应该胜诉。而且，现代美国实在法的一个特征，就像古希腊实在法一样（实际上就像所有的实在法一样），就是本国公民要比外国人拥有更大的权利。

阿伽门农的“判决”中第二个值得注意的方面是，当司法功能与执法功能混同时司法有多么困难。阿伽门农不能把注意力局限在权利义务问题上，因为他无法说，判决敌国国民胜诉的政治后果应该由另外一个政府部门来操心，因为他就是那另一个部门。当法官能够令人信服地说案件中所包含的政治事项不是自己要操心的事情时，并且当政府的政治部门能够同样令人信服地说自己不得干涉司法决定时，就会促进法律之下的正义。通过这种阿方斯－贾辰换

位，法律的正义就得到了保证。

尽管阿伽门农拒绝直接帮助赫卡柏，但阿伽门农也没有阻止她对勃利迈斯特进行私人复仇的努力——在她的私人女仆帮助下，她成功弄瞎了勃利迈斯特的眼睛，杀死了他所有的孩子。现在该是勃利迈斯特向阿伽门农诉求正义了，这是该剧的第二个非正式的审判。在伤害已经作出的情况下，阿伽门农可以采取更加公正的立场："现在请不要再有这种不人道的野蛮。/ 你们将各自提出你们对案件的陈述 / 而我将努力公正地判断你们"（行 1129–1131）。他们给出了勃利迈斯特杀死勃利多鲁斯的不同说法，阿伽门农信服了赫卡柏的说法，认为勃利迈斯特犯了谋杀罪，并告诉他因此必须承担赫卡柏给他造成的一切后果。

在作出判决的过程中，阿伽门农说了两句很能说明问题的话。96 第一句是"我会在这个世界上出丑 / 如果我允许这个案件上法庭 / 然后却拒绝或者没有提出一个决断。"第二句是因为"我们希腊人称［杀害客人］为谋杀……，我［如何］可能现在释放你 / 而不在人们当中丢脸?"（行 1242–1249）。我们最初的反应是，这仅仅证明阿伽门农是在玩政治游戏。如果他宣告勃利迈斯特无罪，那么公众意见就会反对他，他仅仅在这个程度上对赫卡柏的终极正义感兴趣。通过避开实际惩罚勃利迈斯特，阿伽门农得以避免让别人觉得自己站在特洛伊人一边反对希腊盟友，同时又让正义能够在一定程度上得到伸张——尽管在伸张正义的过程中出现了复仇作为取得正义的方法具有极度暴力和过分的特征；勃利迈斯特的孩子们并没

有参与他们父亲的犯罪。[3]

但是对阿伽门农的立场作这种评价并不全面。在诉诸“我们希腊人”对杀死客人的观点时，他援引了一种既不同于先验意义或普遍意义上的自然法也不同于公众意见的法律概念。这种法律概念是具有深厚根基的习惯，它满足了强有力的社会需求。尽管该剧中没有明确表明为什么会认为谋杀客人特别可恶，但是其原因十分明显。在一个贸易既有价值又因为不存在公共执法体系而不稳定的社会中，主人有义务保护客人、特别是来自远方带着珍贵货物的客人（例如勃利多鲁斯——他的名字的含义是“给出很多东西的人”或者“收到很多东西的人”——带到色雷斯的黄金），这是一个强有力的习惯规范。这个规范存在的理由与其说是超自然的命令，还不如说是实际的社会需要，尽管人们可能会给它加上超自然的原因，使它给人留下更深刻的印象，从而让它更可能被遵守。而且它是地方性习惯——是“我们希腊人的习惯”，不一定是“我们希腊人以及你们特洛伊人的习惯”，特别是特洛伊战争是因为特洛伊人滥用好客才爆发的。

在这两个方面——本地化的适用和实用主义的基础——习惯规范都不同于自然法，后者是基于自然界存在一种规范的秩序，所以可以认为是普遍的、强行的，而不仅仅是权宜之计。但是，因为习惯规范有着深刻的公众支持，它并不像一般立法一样需要随着公众意见不断变化，所以它类似于宪法规范。

97

---

[3] 赫卡柏像很多复仇者一样做得太过分了，这种感觉在该剧中表现得非常明显，它告诉我们，她会因为过激的行为受到惩罚，被变成一只狗。请看 Nussbaum，上注〔2〕，第 13 章；Judith Mossman, *Wild Justice: A Study of Euripides' Hecuba*, ch.6 (1995).（顺便提一句，《赫卡柏》在文艺复兴时代是一部很流行的戏剧，同书，页 236－243；并且请回忆，赫卡柏在《哈姆莱特》中的戏剧演员的对话中出现过。）努斯鲍姆尽管强调了赫卡柏的非人格化，但是她认识到赫卡柏的行为“在某种意义上被当时的情况证明是合理的，甚至其罪过也被当时的情况所减轻”。Nussbaum，上注〔2〕，页 418。

但是，所有这些都没有解释阿伽门农为什么在两个审判之间改变了立场。阿伽门农因为赫卡柏替他做了肮脏的事情（惩罚勃利迈斯特）就可以转变立场而不在希腊人当中引起骚动，在作出这个暗示的时候，我是在以声名狼藉的“政治”眼镜看待他的动机，这同他反复强调的保持脸面的担忧相一致。但是我们也可以在阿伽门农履行司法角色的过程中看到受审慎调节的法治的一面。他是希腊远征军的领袖，而不是一个僭主，他必须注意公众的意见，就像一个民主的领导人应该注意的一样。他必须在赫卡柏的诉求同他有义务保护的更大的公众利益之间作出平衡。他领导的有效性，以及他保护更大的公众利益的能力，都依赖于他的名声，所以他也必须保护自己的声誉。我们在这里瞥见了审慎的或者务实的法理学，看到了利益平衡的法理学——这是法律形式主义者厌恶的，但这也至少是美国的法官常常做的

《赫卡柏》描写的从私人复仇体系发展到受公众意见左右、由明确具有市民和政治职责的人执行的公共执法体系，这一转变也可以在索福克勒斯的《安提戈涅》中看到，其中的安提戈涅对应着赫卡柏，而克瑞翁（Creon）对应着阿伽门农。对于古希腊悲剧描述的世界中的那种尚未分化的政府制度，我们不能预期、也不会发现司法的职能会得到很好履行。阿伽门农和克瑞翁两个人所留下的总体印象是，他们是对自然法诉求充耳不闻的政治规制者。他们是第一代法律实证主义者，而且也不奇怪，实证主义在其最早阶段在政治和伦理舞台上都留下了不光彩的形象。法律实证主义依赖于需要长时间发展的制度，尽管在其最早、最为粗糙的形式中，它同私人复仇体系相比是进步的。

欧里庇得斯笔下的赫卡柏的一个遥远的后裔是贝雅特里齐·钦契（Beatrice Cenci），她是雪莱可怕的、有力的诗歌戏剧《钦契一家》（1819年）的主人公。《钦契一家》是一部模仿伊丽莎白时代和詹姆斯一世时代复仇戏剧的作品，很多地方都呼应了莎士比亚

98

(特别是《麦克白》)，尽管其氛围更加接近于韦伯斯特（Webster）或者图尔纳（Tourneur），但是在主题上它更加接近于《赫卡柏》和《迈克尔·克拉斯》。钦契伯爵是一位16世纪的罗马权贵（也是一个真实的历史人物，雪莱看起来没有夸大他的恶行），是一个真正的野兽，他会让勃利迈斯特自叹不如。他疯狂地贪财、虐待成性、性变态，他甚至开了一个宴会来庆祝自己两个儿子的死亡。当他的女儿贝雅特里齐规劝他的时候，他强奸了她作为报复。她知道他计划弄死他剩下的儿子和妻子（贝雅特里齐的继母）并计划继续在性上使用她，他甚至威胁要让她怀孕，这样她就可以有一个孩子，而孩子的体貌特征会终生提醒她对他的仇恨。在对法律正义绝望之后(因为教皇执行的法律体系被描写为完全腐败，并且教皇拒绝了贝雅特里齐对她父亲采取行动的请求)，贝雅特里齐就着手安排谋杀她的父亲。她的兄弟和继母（两个人都参加了密谋）在拷问下招供之后，她被逮捕、审判，并被定罪，并且该剧以三个人等待处死结尾。(教皇对贝雅特里齐的态度没有阿伽门农对赫卡柏一样宽容。)贝雅特里齐对那个负责审判并负责使用刑具从她的同谋那里取得供词的邪恶法官表现了极端的蔑视，但是我们也感觉到，她冲动地对父亲进行复仇，尽管可以理解，却表现了她性格上的一个深刻缺点。在该剧开始时她具有一种圣人般的耐心，就像她的名字表明的那样。当她决心要杀死父亲时，她变得冷酷了，而且，尽管她对法官及其服务的令人反感的法律机构表现出极好的轻蔑，但该剧看起来并不赞成她像赫卡柏一样自己执行法律。首先，在谋杀刚刚发生之后，教皇的一个官员拿着逮捕钦契伯爵的批准书出现了——所以人类的正义可能并不像贝雅特里齐认为的那样毫无希望。其次，通过让她的继母和兄弟成为密谋的共犯，贝雅特里齐也给他们招来了灾祸。还有，她在他们（以及那个“刺客”，她后来说服刺客收回他在拷打下给出的供词）被拷打时仍然拒绝招供。

我们需要更仔细地考察《安提戈涅》，它发生于底比斯(Thebes)，底比斯当时的统治者是克瑞翁，而俄狄浦斯已经垮台。波吕尼刻斯（Polynices）是俄狄浦斯的一个儿子，他反叛了并对这座城市发起了进攻，而这座城市由俄狄浦斯的另外一个儿子厄特俄克勒斯（Eteocles）守卫，两个人都死于战斗。克瑞翁命令给厄特俄克勒斯厚葬，但是决定波吕尼刻斯不应被安葬——这在古希腊神学里是骇人听闻的惩罚，也是古希腊文学中经常出现的一个主题(在《伊利亚特》和《赫卡柏》中都出现过)。安提戈涅是俄狄浦斯的乱伦婚姻所生的女儿，所以她是波吕尼刻斯和厄特俄克勒斯的妹妹，她不服从克瑞翁的命令，安葬了蒙羞的兄弟。这被发现了。在一个简短的审判场景中，她申诉了神法的最高效力，而克瑞翁重申了自己的命令不可违抗，最终克瑞翁因为她违反了自己禁止安葬的命令而判她死刑。接着发生了可怕的事情，其中包括克瑞翁的妻子和儿子的死亡，因为克瑞翁的儿子已经同安提戈涅定婚，所以决定同她一起死。我们理解到，因为没能按照阴间的神的要求正确安葬，没有被适当安葬的死人的灵魂就不能进入阴间，所以克瑞翁的行为是可怕的不敬行为并且必须受到严苛的惩罚。

但是如果认为克瑞翁仅仅是一个得到了他应得报应的道德上的野兽，那就错了。叛变的波吕尼克斯和作为英雄的厄特俄克勒斯都 99 死于那场反叛，如果两个人都予以厚葬，那么他们之间的道德区别就会变得模糊，从而会鼓励将来的反叛。这样，因为克瑞翁已经命令不得安葬波吕尼刻斯（这个命令具有现代制定法或法院命令具有的所有合法性），并且已经规定任何人违反这条命令都会被处以死刑，所以克瑞翁的权威以及法律的权威受到了安提戈涅行为的有力挑战。安提戈涅是个女人，她是前统治者的女儿，也是反叛者的姐妹，她在陈述自己的立场时认为自己完全有理而不请求宽恕，她让克瑞翁无法不处罚她而不丢尽脸面，但是所有这些对安提戈涅都没有什么帮助。(请注意这同《伊利亚特》第1卷中阿基琉斯与阿伽

门农对峙的类似之处。）这对他来讲是一个“无法获胜”的局面，而且他受到了可怕的惩罚；这部剧不仅是安提戈涅的悲剧，也是克瑞翁的悲剧。

安提戈涅用自然法反对克瑞翁的实在法，她的自然法并不仅仅是（而且可能也不主要是）从上天来的、要求即使对叛变者也要适当安葬的命令。该剧最为强调的自然法是兄妹间的血缘纽带，就像克莱登妮丝特拉和《欧墨尼得斯》中的复仇三女神一样，安提戈涅把血缘关系置于克瑞翁的命令所意图加强的政治关系（对底比斯、对城邦的忠诚）之上。她对克瑞翁所作的极大挑战可能表明，在该剧描绘的原始城邦国家政治文化中仍然存在着复仇伦理。[4] 我们已经看到，那种伦理会鼓励人们形成紧密团结的家庭单位，并且会阻碍对非个人化的社会团体的忠诚。现代人会平衡对家庭的忠诚同对国家的忠诚；安提戈涅却不会那么做。

索福克勒斯不能回头看，而我们却可以从今天向后看，以今天人们知道的自由国家概念、心理和制度所形成的视角审视漫长的宗教战争历史，可以看到思想启蒙时代的思想家们为缓和宗教矛盾而作出的努力。历史给我们的教诲是，强烈的宗教感情可以削弱市民美德和社会和平，所以，我们可以比索福克勒斯更为清楚地看到，正义并不完全在安提戈涅一边。以遵守“更高的法律”为动机的非暴力反抗不但英勇而且令人肃然，但是，取决于国家的性质以及与这个国家相对立的“更高的”法律的性质，它也可能导致无政府和内战。从现代的视角看来，安提戈涅和克瑞翁的悲剧可以看作是由他们不能作出妥协引发的，[5]他们不能找到美国宪法第一修正案有关宗教的条文中的那种中间路线。

100

[4] R. P. Winnington - Ingram, *Sophocles: An Interpretation* (1980)，特别是第6章。

[5] 请看 Th. C. W. Oudemans and A. P. M. H. Lardinois, *Tragic Ambiguity: Anthropology, Philosophy and Sophocles' Antigone* 160 - 169 (1987).

顺便问一句，哪一个“更高”——是基于本性的法律或是基于文化的法律？血缘关系——即亲近的基因关系——是我们生物本质的一个方面。安提戈涅把血缘关系提升到市民关系之上（比如公民同国家之间的关系就是一种市民关系），而这种市民关系在性质上是社会的而不是生物的。我们不像古希腊人那样倾向于把生物本质看作规范的渊源，我们认为血缘关系并没有给人们违抗实在法的权利，尽管我们会给它一些考虑，比如要求法官在亲属是当事人或律师的案件中予以回避。

“本性/自然”（nature）在规范上的不确定性是《李尔王》的核心。尽管通常的观点并不认为《李尔王》是莎士比亚的“法律”戏剧，但是它含有三个审判场景，并且这些场景能够帮助观众把注意力集中到本性和自然法的主题上。第一个审判是在荒原上，由李尔和他衣冠不整的随从们模拟审判李尔邪恶的女儿们；第二个是葛罗斯特（Gloucester）因为被自己的庶子爱德蒙（Edmund）诬陷叛国而受到的审判，结果是葛罗斯特被判有罪，并被处以弄瞎双眼的惩罚；第三个审判是通过战争进行的审判，其中葛罗斯特合法的儿子爱德伽（Edgar）杀死了爱德蒙。只有第二场审判符合现代意义上的法律形式（对莎士比亚来说是现代的，对我们来说也是现代的），并且它也是一个凶险的闹剧。第一个审判表面上是一场闹剧，它通过控诉邪恶的女儿们取得了真正的正义，但没有实际效果。

第三个审判让人想到中世纪英国法律，那时人们认为上帝会通过让战争中正义一方取胜来裁决法律争议。但是，如果从爱德伽的胜利就得出结论（并不是说这个结论不正确）说自然法在《李尔王》中得到了伸张，那么就会掩盖该剧对“本性/自然”所持的矛盾态度。这种矛盾的音符很早就出现在爱德蒙的独白中（第一幕第二场，行1-22），这段独白开始是“大自然，你是我的女神，我

101

愿意在／你的法律之前俯首听命"。* 从本性／自然的角度来看，爱德蒙要比爱德伽更为合法。他孕育于"在热烈兴奋的奸情里"，比夫妻在"毫无欢趣"、"半睡半醒间"孕育出来的人更具备自然的精华。[6] 所以他决心不惜采取一切手段取代爱德伽，然后取代他们的父亲。并且，如果里根（Regan）和高纳里尔（Goneril）因缺乏对父母的孝敬而不自然，那么她们在其自私、冷酷和性生活无节制方面却是再自然不过了——在动物是自然的意义上。尽管她们都是已婚的女人，却不知羞耻地争着同爱德蒙上床，并且高纳里尔同她的仆人奥斯华德（Oswald）也有染。最后，如果李尔最初抛弃考狄利娅（Cordelia）是不自然的，那么，他想要得到没有任何限制的爱，享受生活的快乐却不承担生活的责任，这些孩子般的愿望就再自然不过了。

所以，在《李尔王》中对本性／自然的描写是现代的，它是达尔文主义令我们预期的鲜血淋漓的本性／自然。李尔（当正义的天平从他眼中消失的时候）和葛罗斯特诉诸的正义观并不是我们在古希腊悲剧中发现的那种自然界的规范秩序，它是一个基于财产、虔诚和等级的文明价值观体系。这一体系同本性放纵的诉求相对立，决定了李尔、爱德蒙、爱德伽、奥斯华德和其他人的身份和相关的权利义务。而且，彻底渗透着中世纪价值观、也是文艺复兴时代英国正统价值观的伊丽莎白时代的观众——甚至现代的观众也可能这样——会认为爱德蒙、里根和高纳里尔（像李尔一样起初抛弃考狄利娅）的行为"不自然"，所以爱德蒙被爱德伽打败是自然法得到了伸张，那三个人就像动物一样行为，这违背了人类的本性。这并

* 中译文引自，朱生豪译，方平校，《李尔王》，载于《莎士比亚全集》（九），人民文学出版社，1978年，页160。——译者

[6] 贵族的婚姻——葛罗斯特是一个公爵——可以被认为是没有爱情的，因这些婚姻是由新娘和新郎的父亲安排的。

不是一个荒谬的区别，现代的科学也没有取消这一区别。世俗的现代人认为人是一种动物，但并不是每一种动物的本性都相同，熊的本性是要冬眠，但如果人要冬眠就是不自然的行为了。

文艺复兴时代的正统本性/自然概念是从阿奎那（Aquinas）那里衍生出来的，阿奎那声称，人类的本性不同于动物的本性，因为人类具有动物身上找不到的理性思考能力。[7]但是，理性思维能力并不能保证它只用于良善目的。爱德蒙、伊阿古以及莎士比亚所描写的其他恶棍用他们的理性作恶，所以，如果我们称他们不自然，那么我们就无法避免把人的本性分为好的和坏的，但这使自然论道德观成为不可能，因为“本性/自然”无法告诉我们应把界限划在哪里。“好的”人性是上帝在我们身上注入的，它有规范性的原因是它有神的支持——因为它是一个理想化了的自然概念——而不是因为它是对人类的精确描述。

如果我们不把物理的本性/自然当作规范的来源，我们就很可能被迫回到社会惯例上面，这种后退会丧失很多东西，这就是为什么赫卡柏在请求阿伽门农公断时只诉诸“惯例”的做法看起来很奇怪。法律总是存在着可以批评的地方，但人类理性可以觉察的、由神支持的自然法概念提供了进行比较客观的批评的可能性。在《李尔王》中，我们看到“客观”开始消失（我说“开始”是因为爱德蒙被爱德伽打败可以看作是神的正义的一个象征）。我们了解到，社会生活提供了把本性/自然非道德化的有利视角，而不是本性/自然提供了可以评判人类法律的有利视角，并且，社会生活并不是一成不变的。正是蔑视传统，特别是蔑视封建的、合同的和准合同（比如婚姻）的约束，要比蔑视“本性/自然中”的任何东西更加令邪恶人物的行为不自然。爱德蒙、高纳里尔和里根的不孝只是一

102

[7] 请看 Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, vol.1, pp.1009–1010 (1947)(question 94, articles 2–3).

个部分的例外。孝敬的本能要弱于父母慈爱的本能。考狄利娅把孝敬的本能放在与婚姻义务同等重要的位置上——并且，在剧中人物蔑视传统的行为中，不但包括了里根和高纳里尔拒绝执行她们每个人从李尔那里得到半个王国的条件，而且也包括李尔最初拒绝考狄利娅的许诺，考狄利娅的许诺是自己将按照她对父亲的责任来爱他，而不是把所有的爱都给父亲，因为这样就是欺骗她的丈夫。

尽管《李尔王》强调遵守诺言的义务，因为它是商业社会的一个基石，而且，尽管《李尔王》是莎士比亚戏剧中对不谨慎管理自己事务的最为有力的告诫，[8] 但是爱德蒙、甚至也包括那些坏女儿们，看起来却是代表了萌芽阶段的资本主义价值观，而李尔和他那批人却代表了正在消亡的封建价值观。[9]该剧赞成的义务是基于归属性身份而不是基于合同自由的义务。没有人指责李尔的成本—收益分析的行为，而在另一方面，爱德蒙、奥斯华德和那些坏女儿们则是工具理性的典型，或者说是对工具理性的讽刺，他们一心一意地最大化自己目光短浅的个人利益，这也是他们在现代意义上是“自然的”又一个原因。

103

封建价值观不再流行，而且，尽管爱德蒙是个野兽，但是他在“大自然，你是我的女神”的独白中为私生子进行了辩护，这预言了350多年后美国联邦最高法院的一系列决定，这些决定认为，政府对非婚生子女的歧视必须证明具有重要的社会利益，否则就无法

---

[8] 就像芭芭拉·埃弗雷特（Barbara Everett）在她的书 *Young Hamlet: Essays on Shakespeare's Tragedies* 61（1989）中指出的，李尔分割自己的王国，认为自己可以在不保有权力的情况下保有权力的特权，依赖公开的声明来判断他对女儿们的爱，他的这些做法不够谨慎。

[9] 请看，例如，Paul Delany, "*King Lear* and the Decline of Feudalism," in *Materialist Shakespeare* 20（Ivo Kamps ed. 1995）.

通过宪法审查。[10]如果我们把爱德蒙的独白加上夏洛克“难道犹太人没有眼睛吗”的台词以及哈姆莱特提及的出自偶然的出生的不公正，[11]那么，对于类似现代的法律平等保护的概念，我们就有了给人以深刻印象的修辞支持。这并不是说它是莎士比亚的观念，也不是说它是这些戏剧中占支配地位的观念。莎士比亚私人的观点不得而知，并且这些戏剧对任何一个比较大的伦理问题或政治问题都没有统一的视角

当前对本性/自然所进行的法律争论中心是肛交的刑事处罚问题，最高法院在鲍尔斯诉哈德维克案（*Bowers v. Hardwick*）[12]中驳回了对这种刑事处罚的宪法挑战。性活动是人类活动中最为“自然”的事，并且我们知道，同性性行为不但人类中存在，动物中也存在，而且同性恋性取向的根源很可能是基因的而不是在心理的。[13]但是罗马天主教会坚持认为，同性性行为非常不自然，因为其取向并不是繁衍后代，而且是以上帝未意图的方式来使用身体器官。教会并不否认、甚至也不反对这种取向，但它坚持认为，这种取向不得转化为行为。在有关同性恋的生物学立场同神学立场之间，并不存在不一贯的地方，它们对“自然”和“自然的”这两个词是在不同的意义上使用的——这些意义，即分别是生物学的意义和规范的意义，也是《李尔王》中所使用的意义。

莎士比亚的“法律”戏剧中最受推崇的《威尼斯商人》也是莎 104

[10] 请看 Weber v. Aetna Casualty and Surety Co., 406 U.S. 164 (1972); Gomez v. Perez, 409 U.S. 535 (1973); Jimenez v. Weinberger, 417 U.S. 628 (1974); Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762 (1977)

[11] 比如，他说道，“有些人也常得到同类的遭遇，/他们因天然之不幸，/例如被遗传得某些缺陷——这些不能怪他们，/因为他们不能挑选他们的父母——/……无论他们的内心是多么的崇高纯洁，/他们的名誉将永被此一瑕疵败坏。”（第一幕第四场，行 23-36）

[12] 478 U.S. 186 (1986).

[13] Richard A. Posner, *Sex and Reason* 101-105 (1992).

士比亚最为关心商业的戏剧，[14] 并且，《威尼斯商人》把实在法同商业价值联系起来并不是偶然的。贵族巴萨尼奥需要钱才能以适当的方式追求一位富家嗣女鲍西娅，但他挥金如土，没有什么固定资产可以用作借款担保。他的朋友安东尼奥（Antonio），即书名中的威尼斯商人，既富有又慷慨大方，但他当时没有现金，因为他所有的资产都用于海上货物买卖了。这两个男人就找到夏洛克借款。事实是这样的，安东尼奥和夏洛克互相没有什么好感。安东尼奥对外贷款，但不收利息，在夏洛克看来这是在同犹太高利贷者进行不正当竞争。在这部戏剧的世界里，有息贷款对基督徒来说不再非法（而在中世纪有息贷款曾经一度不合法），但是这种做法还是让人们不太看好。莎士比亚时代的英国也大约是同样的情况。自 1571 年之后，有息贷款事实上是合法的，[15] 但利息率不得高于百分之十。莎士比亚的父亲曾经因为超过了这个限制而被起诉。[16]

除了以比夏洛克优惠的条件放贷外，安东尼奥也没有掩饰自己对犹太人的蔑视，事实上他曾经踢过夏洛克，并且向他身上吐唾沫。夏洛克仇视安东尼奥，这既因为安东尼奥是个基督徒，也因为安东尼奥曾经对自己做过那些商业和个人的具体错事。尽管如此，他还是同意把巴萨尼奥需要的钱借给安东尼奥，并且不收利息——他只想要安东尼奥的一磅肉作为担保。文本表明，夏洛克希望安东尼奥会违约，因为这样夏洛克就可以杀死安东尼奥，并且夏洛克通过放弃利息来“购买”这个杀死安东尼奥的机会。夏洛克把这个契约称为“快乐的约定”，这让一个修正学派论证说，他的意图是善良的，至少在开始时是这样的。长期以来很多人试图把夏洛克描述

〔14〕 埃弗雷特，上注〔8〕，页 41，把这部剧称作“百万富翁的罗曼史”。

〔15〕 请看 Norman Jones, *God and the Moneylenders: Usury and Law in Early Modern England* 77 – 80, 145 (1989); P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* 66 (1979).(“从贷款取得合理的收益开始勉强受到默认”)

〔16〕 James Shapiro, *Shakespeare and the Jews* 99 (1996).

为该剧“真正的”英雄，并把莎士比亚描写为一个隐蔽的犹太人爱好者，这种努力在理查德·维斯堡达到了顶点，他声称，“在《威尼斯商人》中，犹太人的承诺最终胜过了基督徒的调停”。[17] 事实上，该剧把夏洛克描写为一个恶棍，尽管不是没有悲剧性尊严的恶棍。[18]“同情的种子就在那里……他［莎士比亚］仅仅试图在情节允许的范围内、在他的文化所施加的限制中想像一个犹太人会是什么样子。但是，当戏剧想像力达到了莎士比亚的高度时，它就变成了某种道德的特征，某种形式的人文主义。”[19] 这从属于一个重要观点，即“在他最优秀的戏剧中，莎士比亚的伟大之处，他的‘客观之处’在于一个事实，即，不论任何一部作品中表露的是什么样的意义明确的见解或确信，它们都完全戏剧化了，也就是说，被置于一个复杂的对话过程之中，这样，它们从来也不是单独一部作品的‘最终语词’。”[20]演员中间有一句谚语，即没有人认为自己是个坏蛋。只有按照这一格言表演，才能把坏人的角色表演得十分可信。莎士比亚自己也是一个演员，他把这个格言变成了自己内在的一部分。

在交易达成之后不久，夏洛克让人难以理解地放弃了自己从不与基督徒进行社会交往的原则，来到巴萨尼奥的家中赴宴。赴宴期间，他的女儿杰西卡（Jessica）同信仰基督教的情人逃跑了，并带走了家里的珠宝（她后来同他结婚并且改信基督教了）。这一事件 105

〔17〕 Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature* 103 (1992). 维斯堡把鲍西娅看作复仇者，认为夏洛克只是不够节制。同书，页 209－210。

〔18〕 有关对该剧同反犹主义关系的出色讨论，请看 John Gross, *Shylock: A Legend and Its Legacy* (1992); Shapiro, 上注〔15〕; Thomas Moisan, "'Which is the merchant here? And which the Jew?': Subversion and Recuperation in *The Merchant of Venice*," in *Shakespeare Reproduced: The Text in History and Ideology* 188 (Jean E. Howard and Marion F. O'Connor eds. 1987)

〔19〕 Gross, 上注〔18〕，页 349。

〔20〕 David Parker, *Ethics, Theory and the Novel* 60 (1994).

让夏洛克不顾一切地想要报复。在令他兴奋的巧合中，运载安东尼奥的货物的船只在海上消失得无影无踪，这导致了违约。夏洛克提起诉讼来执行担保。安东尼奥请求他仁慈（但并没有十分努力地请求——他“几乎爱上了轻松的死亡”），夏洛克拒绝了。威尼斯公爵也力主怜悯，但也没有结果。巴萨尼奥成功地同鲍西娅结了婚，现在有足够的钱来偿还贷款，支付大量利息，他提出这么做，夏洛克也拒绝了这个要求。

关键时刻，鲍西娅出现了，她装扮成一位（男性）法律博士。开始时她假装自己是一个拘泥于法律细节的人，并且得到了夏洛克的称赞。这一插曲有两个作用：它让夏洛克把她当成了法律的权威阐述者，它还让夏洛克更加坚定了不接受巴萨尼奥之提议的决心(他的提议是由鲍西娅出钱——即双倍返还夏洛克的本金)。接着，她就开始攻击夏洛克，她指出，保证书说的是肉，而不是血，并且说，如果夏洛克在执行保证书时让安东尼奥流一滴血，那么他就不再受保证书的保护，从而会犯谋杀罪。这意味夏洛克已经犯了死罪——因为他谋划杀死一个威尼斯公民——并应被处死！所有的人都为鲍西娅在法律上的睿智震惊，并且无人提出反对意见，但是，为了证明基督徒比犹太人更仁慈，公爵提出赦免夏洛克，条件是，他要交出自己所有财产并皈依基督教。夏洛克提出了抗议，于是他被没收的财产有一半或可能是全部都被返还给他，[21]只是他死的时候必须把所有财产都留给杰西卡，而他此前已经因她出走而剥夺了她的继承权。他接受了公爵修改过的提议，然后就离去了。

106 《威尼斯商人》的法律层面从一定角度来讲是荒谬的，而且那

---

〔21〕 一半是直接返还给夏洛克的、另一半由安东尼奥为杰西卡持有，以在夏洛克死时“使用”（信托）。如果夏洛克在自己活着时是该信托财产的受益人，那么全部被没收的财产都被返还了，只受到杰西卡在夏洛克死亡之时所拥有的权利的限制。如果信托财产的收益积累给杰西卡，那么被没收的财产只有一半被返还了。确定那一种解释是正确的非常困难，也没有什么重要性。

场审判，因为其中的（鲍西娅进行的）冒名顶替以及技术细节，几乎可以作为对法律和律师的讽刺，尽管它并没有给人以讽刺的感觉。戏剧没有给一磅肉的保证书提供任何理由——比如，为了让安东尼奥以超乎寻常的努力保卫自己的财产以免违约。这个保证书让人们记起，而且也毫无疑问会让观众记起，犹太人曾被认为在逾越节喝基督徒的鲜血。并且这一提醒是切题的，因为夏洛克的动机看起来好像就是要利用这个胜算不大的机会消灭自己的基督徒竞争者，但是没有哪个文明的16世纪法律体系（而威尼斯被描写为一个文明国度）会执行这种处罚约定。实际上，到16世纪末，英国衡平法院已经开始让一些债务人不必承担契约中所规定的纯金钱惩罚。[22]

并且，违约借款人有一种称作"衡平回赎权"（equity of redemption）的权利，他可以在合理的时间内拿出应还的借款来取回自己被没收的财产，即使借款已经超过期限。所以，即使安东尼奥的生命在一定意义上说是交给夏洛克的罚金，真正的法院也会解除安东尼奥支付罚金的义务，条件是，在解除义务之前，欠夏洛克的款项应当已经清偿完毕。[23]并且，因为夏洛克贷给安东尼奥的款项只有3个月的期限，所以巴萨尼奥提议双倍返还夏洛克的本金就意味着年利率是400%。夏洛克拒绝这一极好的提议完全证明，那个

---

〔22〕请看 A. W. B. Simpson, "The Penal Bond with Conditional Defeasance," 82 *Law Quarterly Review* 392, 416 (1966); Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit* 118–119 (1975); William H. Loyd, "Penalties and Forfeitures," 29 *Harvard Law Review* 117, 123 (1915); Theodore Ziolkowski, *The Mirror of Justice: Literary Reflections of Legal Crisis* 167–172 (1997).罗马十二铜表法允许债权人将违约债务人按照债权人的数量进行切割——但那是公元前5世纪的法律。根据现代法律，合同中的处罚条款不能执行，即使处罚只是金钱性质的。

〔23〕在英国法律史上"衡平回赎权"这个词及其在抵押上的应用出现得较晚，但是用这个概念来救济其他罚金的做法看起来在16世纪末就已经确立了，也可能要早得多。请看 George E. Osborne, *Handbook on the Law of Mortgages* 12–15 (2d ed. 1970).

保证书根本不是商业保证，而是一个赌博，赌博的筹码是安东尼奥的生命。但是，剧中没有任何人物怀疑夏洛克请求那一磅肉的合法性，直到鲍西娅拿出了自己超技术的论证。夏洛克没有能够反驳鲍西娅的论证，因为夏洛克本来可以指出，这个保证书一定暗示地允许他使安东尼奥流血，因为，除非这样，夏洛克就无法得到自己那一磅肉。

剧中没有提及任何衡平法理，也没有提及对合同中规定的处罚和罚金进行修正的任何其他基础，这不够现实，但在文学上这势在必行。观众必须要把安东尼奥会被杀死的可能性当真。如果剧中描写的法律拒绝执行惩罚性条款，那么观众就不会把这种可能性当真。鲍西娅的另一个出人意料的做法——即那条规定谋划杀死威尼斯人为死罪的法律——减少了那种可能性，因为它使夏洛克得到的保证书成为不合法的。为什么在签署保证书，或者至少在审判开始时，安东尼奥、夏洛克和其他人不知道这条法律呢？但是，总是有很多模糊的法律，而且，不管现实与否，使用这条法律在剧情上是必要的，因为，只有这样才能保证夏洛克失败。如果他仅仅是不能强制执行保证书，那么他会失望，但是他仍然能够保有自己的财产（可能会除了他借给安东尼奥的钱），而且他也不一定要改信基督教才能保住自己的性命。像在别的地方一样，在这里莎士比亚牺牲了可信性以换取戏剧效果。[24]

该剧对法律的处理缺乏现实主义，这不但表现于实体法，而且也表现于程序法。鲍西娅不但是个冒名顶替者，而且对审判结果有着未披露的利益；当事方都没有律师；威尼斯没有专业法官；一个

〔24〕在《威尼斯商人》中的另外一个例子是，运载安东尼奥货物的所有船只同时消失，然后它们又奇迹般地重新出现，而且也没有人去问一问，为什么安东尼奥没有通过对货物进行保险来防止自己违约，他本来可以这样做的。请看 C. F. Trenerry, *The Origin and Early History of Insurance*, ch.25 (1926); H. A. L. Cockerell and Edwin Green, *The British Insurance Business: A Guide to Its History and Records* 4–5 (2d ed.1994).

民事案件最终以刑事定罪结束。[25] 而且，该剧确实是关于法律的。夏洛克这个人物是三种倾向的结合体：商业伦理（夏洛克作为"经济人"[26]）；复仇心理；外行人意义上的法律形式主义，即用法律的字面意义来达到不公正的目的。夏洛克既是作为典型现代商业人的犹太人，又是作为典型《旧约》复仇者（"以眼还眼"）的犹太人，他拒绝了《新约》中"原谅你的敌人"这条命令。他实际上更愿意对安东尼奥进行致命的复仇，而不愿意从自己的贷款中取得丰厚的利息。但是，他不但被复仇心理所动摇，也被贪婪所控制："要是他愆了约，我要挖出他的心来；只要威尼斯没有他，生意买卖全凭我一句话了"*（第三幕第一场，行 119－121）。

当基督徒"偷走了"夏洛克的女儿之后，而且是真的偷走了他的珠宝，他复仇的愤怒达到了顶点。但是，与阿基琉斯和哈姆莱特不同的是，夏洛克受到法律的限制，并且他试图运用自己的法律权利作为复仇工具。迈克尔·克拉斯也曾经做过这样的努力，并且只是在失败之后，他才转而私人复仇。从中我们可以看到，法律是复仇的一种替代品，并且能够在理论上提供一种根据，使复仇者能够得到自己想要的令人毛骨悚然的报复。 108

我在上一章中说过，复仇会蜕变为校正正义；做了一件错事会产生得到救济的权利，尽管这是一种必须通过法律渠道取得的权利，而不是留给被害人或他的家人进行救济。同样地，它会创造一种由做错事的人对受害人所承担的债务，这让我们看到，一方面的侵权法和刑法，以及另一方面的合同法，分别处理的是强迫交换和

〔25〕威尼斯公爵必须派人去帕多瓦找一位威尼斯法律专家，这个事实可能看起来是该剧对法律的描写的另外一个不现实方面，但实际上这并不是。帕多瓦既是一个法律研究中心，又是威尼斯的属地，尽管莎士比亚没有不厌其烦地告诉观众这些内容。

〔26〕我会在第 5 章中进一步讨论夏洛克的这个方面。

* 中译文引自：朱生豪译、方平校，《威尼斯商人》，载于《莎士比亚全集》（三），人民文学出版社，1978 年，页 51。——译者

自愿交换，所以，这两个方面是以市场交易为模型的统一法律权利义务理论的孪生兄弟。

安东尼奥在某些方面是夏洛克的反面。作为一个忧郁的单身汉以及收息贷款人的敌人，安东尼奥的慷慨达到了鲁莽的程度，他忽视危险，并且完全愿意为了拯救巴萨尼奥去死。“我是羊群里一头不中用的病羊，死是我的应分；最软弱的果子最先落到地上，让我也就这样结束了我的一生吧”*（第四幕第一场，行 114 – 116）。在他同夏洛克就圣经是否允许收息贷款进行的辩论中，我们可以感觉到有些类似于似是而非的撒旦对耶稣的诱惑，安东尼奥甚至援引圣经来抱怨恶魔。通过拒绝《旧约》中的复仇欲望和拒绝法利赛派关注的在形式上严格遵守“法律”（阿奎那和其他人称之为“旧法”）的要求，安东尼奥摒弃了夏洛克的主要特征。如果夏洛克得到了他想要的那磅肉，那么这部戏剧就将成为犹太宗教机构命令将耶稣钉死在十字架上的重演，[27] 或者说是对圣保罗（St. Paul）反驳犹太割礼之论证的残忍表演（圣保罗说犹太割礼是“对心脏的切割”）。[28]

但是，安东尼奥也有些地方颇像夏洛克，这些相似之处并不完全是正面的。[29] 莎士比亚不但让夏洛克对安东尼奥有一些很好的反驳，我们可能不会忘记同一个“摇尾乞怜的税吏”*（第一幕第三场，行 38）的类比，而且安东尼奥没有快乐、没有妻室、忧郁、

---

* 中译文引自，同上，页 74。——译者

[27] 对安东尼奥描写的其他基督学特征还包括他的独身以及他对夏洛克的辱骂——这呼应着耶稣从神庙中驱赶钱商。

[28] Shapiro，上注〔16〕，页 126 – 128。

[29] 一个耶稣式的人物被以矛盾的感情进行描写，这挑战了迪尔亚德（Tillyard）那一派的观点（请看第 1 章），即认为莎士比亚的戏剧赞同正统基督教价值。在他的戏剧中虔诚的缺失引人注目。

* 中译文引自，同上译者注引书，页 17。——译者

反犹、基本上寂寥独居，这让他几乎成为夏洛克在基督教中的翻版。而且，他们两个人都从事商业。鲍西娅可以代表两者的中间类型，她老于世故，甚至沉湎声色，同夏洛克和安东尼奥的节俭、节操和自我否认的本性形成对比；她还没有达到不屑于使用法律技术细节、甚至使用伦理上有疑问的手段来拯救一个生命，就像她同样没能避免篡改她父亲的遗嘱来帮助温文尔雅、从容不迫的巴萨尼奥在同其他求婚者的竞争中取胜，没能避免用噱头欺骗夏洛克，使他不同安东尼奥和解争议以得到双倍的本金，而这些钱都来自于她自己的腰包。（第五幕的那个指环噱头提供了鲍西娅将合同玩弄于掌股之间的又一个例子。）不管法律是怎么讲的，执行那份保证书都会十分荒谬，并且鲍西娅做了必要的事情来防止保证书的执行。但是，她显然想要在做到这些的同时又不产生不好的先例，不想毁损威尼斯的商业立场，就像夏洛克反复指出的，这种立场要求外国人（在 16 世纪犹太人不能成为威尼斯公民）得到与本国公民相同的正义。 109

鲍西娅代表了衡平精神——即一种明智的认识：法律的严格规则，不论对一个有秩序的社会是多么必要，都必须以敏感和技巧来加以适用，这样法律的精神才不会因为法律的字面含义而作出不必要的牺牲。一个法律体系的发展轨迹常常是从严格且简单的规则发展到更为宽松、更富有弹性的标准，而且，这可能是一种典型的发展轨迹。规则更加容易创造、表述和执行。在一个缺乏读写能力、缺乏用以发现事实的可靠技术、复杂的行政管理要求法律权利义务极其简单的社会中，这一点非常重要。如果一个初民社会的成员会

站在夏洛克一边反对鲍西娅，那么我们不应该感到奇怪。[30]在更为灵活细致地执行法律的技术出现后，把规则适用于这种严格规则无法达到实质正义的情形中，似乎代价太高了。在一些社会当中（不单单是在英国社会当中），结果是用更具伸缩性的“衡平”原则取代了严格的“法律”规则。[31]

110

必须强调的是，剧中的衡平“精神”还仅仅是精神，而不是实体法，剧中描述的威尼斯法律中实际上并不存在衡平原则。鲍西娅出众的“慈悲不是出于勉强”*（第四幕第一场，页182－203）的演说被描写为诉诸夏洛克（所没有）的怜悯之心，而不是作为一个法律论证。她提到，怜悯来自天国并且“深藏在帝王的内心”，这暗示了英国衡平法院源自于王室以及教会。[32]但是，在该剧描写的世界里，没有人有权用衡平的王牌打败法律，所以，当她请求夏洛克发慈悲没有奏效时，她就被迫用条文主义的语汇进行辩论，这

[30] 艾萨克·迪尼森（Isak Dinesen）给一个索马里部落的男子法拉（Farah）讲述了《威尼斯商人》的故事：

“那个犹太人放弃了他的请求吗？他不应该那样做。那些肉是他应该得到的，对于那么多钱来说，那点肉真的很少。”

“但是他又能怎么做呢？”我问道，“因为他连一滴血都得不到？”

“夫人，”法拉说，“他可以用一把烧得红热的刀子，那样就不会流血了。”

“但是，”我说，“他不准比一磅多割或者少割一点点肉。”

“但是，”法拉说，“又有谁会被那条要求所吓倒，特别是对一名犹太人来说？他可以每次只割一丁点肉，在旁边放一架小天平来称重量，直到他得到正好一磅肉。那个犹太人没有朋友给他建议吗？……他本可以给那个人造成很多伤害，甚至在他得到一磅肉之前很久就可以做到。”

我说：“但是在故事中，那个犹太人放弃了。”

“没错，那可真可惜，夫人，”法拉说。

Out of Africa and Shadows on the Grass 269－270（1985）.

[31] 请看 Henry Sumner Maine, *Ancient Law*（1861）.

* 同上译者注引书，页76。

[32] Stephen A. Cohen, “‘The Quality of Mercy’: Law, Equity and Ideology in *The Merchant of Venice*,” *Mosaic*, Dec.1994, p.35.

种语汇是该剧所描写的法律文化中惟一可以使用的语汇。在这种语汇中，她的论证比开始时看起来更为有力。如果夏洛克想以非常好的律师风格指出保证书应该已许可履行保证书所必须的一切行为，因此许可了安东尼奥流血，从而反驳鲍西娅的论证，那么夏洛克就必须诉诸法律的精神而不是法律的文字，因为保证书上并没有说流血的事情。但是，一旦他这么做了，他就会发现，自己很难坚持自己的法律立场。保证书的精神是要保证夏洛克能得到完全偿还，而且巴萨尼奥已经提议给他双倍的偿还，甚至在夏洛克坚持的情况下可能会给他更多。夏洛克犯了复仇者的标准错误，即不会适可而止。

但夏洛克坚持应适用字面解释的原则，这一点不能只视为是原始复仇精神的产物。作为一个不受欢迎的外国人（这是他反复强调的一点，而且基督徒们也不否认），他自然不会信任那种给法官很大裁量权以削弱僵化法律规则的法理，因为他可以假定，所有的自由裁量都会对自己不利。拘泥细节的条文主义是贱民的保护伞，但是，因法律字面含义而生的人也可能会因之而死。

伊丽莎白时代戏剧中还有另外一个对合同的著名描写，这就是马洛（Marlowe）的《浮士德博士》（*Doctor Faustus*）中同魔鬼达成的契约。浮士德乞求摩菲斯特（Mephostophilis），在简短的讨价还价之后，用鲜血写下了一份合约，把自己的灵魂卖给了摩菲斯特的主人，换取各种好处。这个文件的全文如下（第一幕第五场，行95－114）：[33]

根据以下的条件：

〔33〕我在本书中引用的马洛全部摘自于 Christopher Marlowe, *The Complete Plays* (J. B. Steane ed. 1969).

第一，浮士德可以在形式和实质上都成为一个幽灵。

111 第二，摩菲斯特应做他的仆人，听从他的命令。

第三，摩菲斯特应做他想做的一切事情，带来他想要的一切东西。

第四，他在自己的房间或房子里的时候别人无法看到。

最后，他应一直以前述的约翰·浮士德喜欢的任何形状和形式出现在他的面前。

本人，维滕堡的约翰·浮士德博士，因为这些礼物而把自己的身体和灵魂都给予东方王子撒旦，以及他的仆人摩菲斯特，并且给他们权利在上述条件未被违反满二十四年之后，可以把前述约翰·浮士德的身体和灵魂、肉身、鲜血或一切都带到他们不论在何处的住所。

由本人约翰·浮士德签字。

在该剧结尾的时候满了 24 年，于是一群魔鬼出现了，把浮士德抓到了地狱里。

作为一份不道德合同的制订者，浮士德是一个与夏洛克有类似之处的人物，夏洛克的契约也有一种恶魔的性质，而且这两个人物都受到了诅咒，除非夏洛克因改变自己的宗教而得救。夏洛克有着旧约的复仇心理，是个不太现代的人，但是他身上也有着典型资本家的影子。尽管浮士德对魔法着迷，但他却是一个完全现代的、个人主义的人物，他不承认任何对人类自主选择的限制，也不承认任何对人类追求知识和控制自己的自然和社会环境之努力的限制。与认为灵魂属于上帝的传统基督教观点不同，浮士德认为自己的灵魂归自己所有，所以，他认为在对价合适的时候就可以将自己的灵魂转让出去。而且，作为一个有荣誉感的人、一个他自己方式上的英雄，在应该履行自己的契约义务的时间到来时，他没有违反这个契约。他用契约的神圣性代替了上帝的神圣性，这都证明了他的现代

性。换句话说，他无法想像一个慈悲的上帝，而只能想像一个正义的上帝。[34]

浮士德对合同的忠诚看起来更加鲜明，因为可以论证说，摩菲斯特没有遵守自己在这个交易下的义务，而契约明确规定，浮士德把身体和灵魂给予撒旦的条件是"上述条件未被违反"。在签署和送交合同之后不久，浮士德曾经向摩菲斯特要一个妻子。摩菲斯特敷衍了事，弄出了"一个穿着像女人、带着焰火的恶魔"，这遭到了浮士德的拒绝："愿瘟疫降临到这个淫亵的妓女身上。"摩菲斯特评论说，"啧！浮士德，婚姻仅仅是个玩具的仪式。/ 如果你爱我，那就不要再想这件事了。"（第一幕第五场，行 149 – 156）这件事情就被搁置了，并且浮士德也没有继续纠缠这件事情，这可以被认为是默许了违反合同。而且，丹尼尔·依戈尔（Daniel Yeager）可能是正确的，他说，对这个契约的最佳描述是一个"关系型"契约，[35] 112 它建立的是一种长期关系，而其履行过程中，并不是每一个方面都可以预见，协议双方都知道，自己应该以善意来解决所出现的问题，而不是要硬抠契约文字。看起来，这就是解决浮士德要妻子这个问题时所依据的精神。不但如此，在任何可以令人信服地归于该剧所描写之世界的基督教版本中，婚姻都是一种圣礼，因此，魔鬼是无法替浮士德弄到一个妻子的，并且这种无能为力可以是一个暗示的背景理解，是这个契约之字面条款的限制条件。并且，在实质履行的原则下，即使摩菲斯特没能给浮士德弄到一个妻子是对契约的违反并且没有被原谅，这也无法让浮士德有理由解除合同，因为

---

〔34〕 Cleanth Brooks, "The Unity of Marlowe's *Doctor Faustus*," in Christopher Marlowe 97, 105 – 106 (Harold Bloom ed. 1986).

〔35〕 Yeager, "Marlowe's Faustus: Contract as Metaphor?" 2 *University of Chicago Law School Roundtable* 599, 611 – 612 (1995).

这种违约行为太不重要了。[36]

如果浮士德因为合同违法而解除合同，那么他的理由要更强。法律拒绝执行违反公共政策的合同，而同魔鬼达成的契约就是这种合同。但是，即使是一个由冷血的不可知论者组成的法庭，也不会愿意基于这种理由宽恕浮士德，律师们对于待履行合同和部分履行合同进行的区别表明了背后的原因。待履行合同是指合同双方都没有开始履行自己的合同义务，它只是交换允诺。如果这个合同非法或违反了公共政策，那么法律就不会执行它。但是，如果一方已经履行了自己的义务，或者至少已经履行了自己的大部分义务后，另外一方才因为合同非法或基于其他理由请求不再履行合同，那该怎么办呢？可能甲方已经按照约定为乙方建造了一幢房屋，现在是乙方付款的时候了，但乙方拒绝付款。在这种案件中，法院会更倾向于不接受因合同违法而不履行的辩护，因为乙方会因此不当得利。[37]这就是浮士德的情况。在魔鬼履行完毕自己的义务之前，浮士德不必履行自己的义务。如果浮士德在享受了24年合同所带来的利益（这些利益尽管没有他预期的那样充分，却仍然可观[38]）之后被允许解除合同，那么就等于是让他在这么多年极其不道德的行为之后安然无恙地脱身。在这种情况下，我们很难想像浮士德会真心忏悔，尽管摩菲斯特害怕这会发生，他一直不断地努力胁迫浮士德保留自己的交易义务。

113

---

〔36〕请看 Jacob & Youngs, Inc. v. Kent, 129 N.E. 889 (N.Y. 1921)（卡多佐［Cardozo］法官的意见）.

〔37〕请看 Kelly v. Kosuga, 358 U.S. 516 (1959); E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, vol.2, §5.1, p.6 (1990).

〔38〕仅被保证能多活24年这一点在创作《浮士德博士》时瘟疫横行的伦敦就意味着很多。Christopher Ricks, "*Doctor Faustus* and Hell on Earth," in Ricks, *Essays in Appreciation* 1, 7 (1996). 但是浮士德预期的要更多，而且，像现代知识分子一样，当世界没有达到他源自书本的想像时就会感到失望。Ian Watt, *Myths of Modern Individualism: Faust, Don Quixote, Robinson Crusoe* 40 (1996).

在法院判定一个部分履行的非法合同无法强制执行时，它可以减轻已履行一方的困难，而要求另外一方偿还履行的价值，[39] 但是，浮士德怎样才能偿还摩菲斯特在契约有效的24年中提供的物品和服务的价值（加上利息!）呢？对于摩菲斯特来说，忏悔没有任何用处——恰恰相反，浮士德无法恢复原状，这可能会使法院更不可能允许他逃脱自己的合同责任。

但是，这里忽视了一个关键的限定。刻板地拒绝执行不合法合同会产生不公正，法院为减少这种不公正而使用的方法只能用于以下的情况，即，要求强制执行合同的一方有理由不知道合同非法，或者他在制定合同的过程中所负的责任要少于另外一方。[40] 魔鬼既不能说自己不知道合同非法，也不能论证主要的侵权人不是自己而是浮士德，所以，在合同法上，浮士德本可以摆脱这个合同，即使魔鬼没有违反（或严重违反）它。但是我们不应该在这方面讲得太多，我们应该提醒自己，同魔鬼订立的契约根本就不受合同法的约束。浮士德的契约在文学上的功用并不是要援用合同法，而是用于表示浮士德的选择不可撤销，他在一目了然的情况下选择了一条无疑会导致自己被诅咒的道路。在《浮士德博士》中，契约象征着诺言。

作为《一报还一报》的场景，维也纳被描写为有着非常严格的法律，包括对非法性行为处以死刑，但是这些法律没有得到执行。 114
维也纳公爵对这一状况——卖淫、通奸、非法性行为盛行——很不高兴，但是他不愿意亲自严加取缔。就像他解释的（第一幕第三场，行19－36），

---

〔39〕请看 American Law Institute, *Restatement of Contracts* (Second) § 197 及评论 b, § 198 (1979); Farnsworth, 上注〔37〕, § 5.9。

〔40〕同上书，§ 5.1，页6；§ 5.9，页76－77。

我们这儿有的是严峻的法律，
对于放肆不驯的野马，这是少不了的羁勒，
可是在这十四年来，我们却把它当作具文；

……我们的法律也是一样，
因为从不施行的缘故，变成了毫无效力的东西；
胆大妄为的人，可以把它恣意玩弄……

对于人民的放纵，原是我自己的过失；
因此而责罚他们，那就是我的暴政了。*

公爵安排自己休假，留下自己严苛、禁欲的副手安哲鲁（Angelo）摄政。安哲鲁很快就因非法性行为判处克劳狄奥（Claudio）死刑，因为克劳狄奥让自己的未婚妻怀了孕。克劳狄奥有一个妹妹叫依莎贝拉（Isabella），在一家修道院做见习修女。她来到安哲鲁面前，请求安哲鲁饶她哥哥不死。安哲鲁被她的美丽迷倒了，提议说，如果她愿意同自己上床的话，就可以饶她哥哥不死。她气愤地拒绝了。当她把这一切告诉克劳狄奥时，克劳狄奥催促她接受安哲鲁的建议，这让她很震惊。依莎贝拉的哥哥认为他自己的生命比依莎贝拉的灵魂不朽更重要，而依莎贝拉灵魂的救赎可能会因为同安哲鲁发生性行为而受到威胁，这让依莎贝拉很沮丧，剧中并没有说明为什么会这样。非法性行为，作为七大重罪中最轻的一项（就像克劳狄奥指出的那样），即使是可以拯救一个无辜生命难道也无法原谅吗？但是，因为非法性行为也是一种犯罪，所以依莎贝拉不会愿意为拯救一个无辜生命而牺牲自己的贞操——实际上，她本人会犯两

* 中译文引自，朱生豪译，吴兴华校，《一报还一报》，载于《莎士比亚全集》（一），人民文学出版社，1978年，页295。——译者

个罪，即行贿与非法性行为。幸运的是，正装扮成一个行乞修道士微服私访的公爵找出了一个解决办法：让依莎贝拉告诉安哲鲁说，她会接受安哲鲁的提议，但是坚持说，他们之间的性行为必须要短暂，而且要在黑暗中进行。这个行乞修道士会用安哲鲁的前未婚妻玛丽安娜（Mariana）代替依莎贝拉，安哲鲁抛弃玛丽安娜是因为她在一次海难中失去了全部嫁妆。

这一切都按计划发生了。但是安哲鲁使自己背信弃义的行为变得更复杂了，因为他决定还是要处决克劳狄奥，以免克劳狄奥因发现安哲鲁对他妹妹所做的事情而复仇。（这再一次例证了，复仇的主题在伊丽莎白时代戏剧中普遍存在。）安哲鲁下令把克劳狄奥的人头送到自己面前，但是公爵假扮的行乞修道士安排用一个刚死于自然原因的囚犯的人头代替。公爵现在散布消息说，自己正在返回维也纳的途中，并且想要安哲鲁就自己的摄政进行述职。当公爵同安哲鲁在城门外见面时，依莎贝拉走出来指控安哲鲁，安哲鲁开始时矢口否认，但是很快被戳穿，并且坦白了。像威尼斯公爵一样，维也纳公爵表现出了宽宏大量，在让安哲鲁同玛丽安娜结婚后，饶恕了安哲鲁。克劳狄奥被释放并且同未婚妻结了婚。公爵看起来好像要同依莎贝拉结婚，尽管并不完全确定，因为，在公爵告诉依莎贝拉说他计划娶她的时候，她没有说什么。[41]

《一报还一报》还有很多同《威尼斯商人》类似的地方。像夏洛克一样，安哲鲁既严苛、拘泥于法律，又（在冷酷的外表之下）有着一种无法无天的激烈冲动，这使他试图对依莎贝拉做出克劳狄奥因之被判死刑的犯罪。他误用自己的法律权力十分类似于夏洛克误用合同法。《一报还一报》中安哲鲁同依莎贝拉之间的相似性不是那么明显。依莎贝拉是第一个唤醒安哲鲁肉欲的女人，这对安哲

115

[41] 请看 Kari F. Zender, "Isabella's Choice," 73 *Philological Quarterly* 77, 88 – 91 (1994).

鲁来说是诗性的正义；他们都是道德狂热者，在这一点上他们很相似。[42] 可能作者是想让我们认为，对非法性行为处死刑的做法是荒谬的，而且作者（尽管这一点不是那么清楚）想让我们嘲笑依莎贝拉，因为她气愤地拒绝牺牲自己的贞操来换取自己兄弟的生命。[43] 别忘了，公爵鼓动玛丽安娜去犯的罪与克劳狄奥要被处死的罪是相同的。

卡尔·赞德（Karl Zender）指出，依莎贝拉对公开的羞辱表现出了一种青春期的敏感，并且她不是把克劳狄奥即将到来的死亡当作一个现实，而是"当作一个对遁世愿望的限制条款"。[44] 年轻人难以理解死亡（或者可能是当我们变得越来越老，我们就变得越来越依恋生命，生命几乎变成了一个习惯），依莎贝拉难以区别两种意义上的离开这个世界：她因成为修女而即将离开这个世界，以及克劳狄奥因死亡而即将离开这个世界。所以，这是另一个成长的故事。依莎贝拉的诗性正义是她参与了公爵安排的安哲鲁同玛丽安娜之间的性行为，并且她被从修道院中揪出来做公爵的妻子，这也是我为什么认为，对于有些模糊的结尾的更优解释是，她和公爵实际上是要结为夫妻。但是我不想把《一报还一报》变成《埃玛》。依

---

〔42〕 David J. Gless, *Measure for Measure, the Law, and the Convent*, ch.2 and p.97 (1979)，将莎士比亚对依莎贝拉的"精神上过火"的描写放到了伊丽莎白时代反禁欲主义的语境中进行考察。

〔43〕 莎士比亚的第一个孩子是在他同孩子母亲结婚之前就怀上的。公爵以安哲鲁同玛丽安娜结婚作为条件宽恕了安哲鲁，这反映了伊丽莎白时代的英国以及在我国直到最近对非法性行为的标准"惩罚"。请看 Gless，上注〔41〕，页108。尽管清教徒让通奸成为一种死罪，而且在伊斯兰法律下也是这样，但是我并不知道哪一个法律体系规定非法性行为是一种死罪。

〔44〕 Zender，上注〔41〕，页83。"只有年轻人才可以如此冷静地、如果说是如此痛苦地通盘考虑作为成年人存在的前景，以至于他们有'生存或死亡'的选择；成年人有着'必须遵守的承诺'，他们更经常会耸一耸肩膀，然后继续向前跋涉。" Everett，上注〔8〕，页22－23。

莎贝拉对安哲鲁的诉求中有一种庄严高贵，这证明了布赖恩·维克斯（Brian Vickers）的话，即“对于任何研究过伊丽莎白时代妇女社会地位的人来说，［莎士比亚］的女主人公们都有着一定程度的独立性，并且精通语言和雄辩，而这在他的时代来讲完全不具典型性”。[45]

该剧中最困难的法律问题是两个婚姻契约的法律地位。在第一幕中，克劳狄奥称自己的未婚妻为“妻子”。在伊丽莎白时代的英国法律之下，一个还没有举行正式仪式的婚姻契约，也很可能会创造一桩尽管不合常规、可能有罪，但却仍然有效的婚姻，但这幅法律的图画还非常模糊。然而，该剧中没有人怀疑克劳狄奥犯有非法性行为罪，包括克劳狄奥本人也不怀疑。但是，公爵随后告诉依莎贝拉说，因为安哲鲁已经撕毁了同玛丽安娜的婚约，所以可以在同安哲鲁进行性交易时用玛丽安娜代替依莎贝拉。这看起来可能暗示，在这方面维也纳法律同英国法律是一样的；但是，如果是这样的话，那么为什么公爵和剧中的所有其他人物都坚持认为克劳狄奥犯了非法性行为罪呢？玛格丽特·斯科特（Margaret Scott）指出，1563年塔兰托议会规定非正式婚姻为非法，而且她还注意到，该剧把维也纳描写为一个十分具有罗马天主教会色彩的国度，在这方面维也纳完全不像英国。[46]所以到底是怎么回事呢？ 116

斯科特极为明智的意见是，不应将该剧的法律世界等同于任何真实生活中的法律制度，不论是英国的还是欧陆的。非法性行为只有在该剧描写的世界中才是死罪，而在所有其他地方都不是死罪，因此接受该剧的描写——即非正式的或秘密的婚姻在剧中是非法的，不论剧外的法律是怎样规定的——应该没有困难。这所包含的

---

〔45〕 Vickers, *Appropriating Shakespeare: Contemporary Critical Quarrels* 414 (1993).

〔46〕 Scott, "'Our City's Institutions': Some Further Reflections on the Marriage Contracts in *Measure for Measure*," 49 *English Legal History* 790 (1982).

不真实要少于想像夏洛克的契约只要写得更仔细就可以执行（例如规定绞死不需流一滴血）了，但是，《威尼斯商人》中的合同法就是那样的。莎士比亚并不关心在实体或程序方面现实地描写法律。安哲鲁指出，陪审团判决并不仅因为一个陪审员是小偷就归于无效；但是在《一报还一报》描写的法律世界中，并不存在陪审团，而安哲鲁集检察长、法官、陪审团和上诉法院的角色于一身。

117 斯科特没有解决公爵对待两个婚姻契约前后态度不一致的问题，但是这只是一个表面的问题。公爵并不否认，安哲鲁和玛丽安娜会犯非法性行为罪，相反，公爵的想法是，以其人之道还治其人之身是公平游戏。公爵一定知道自己会宽恕这两对新人，并且他并不在意非法性行为是死罪。依莎贝拉没有对公爵的计划提出反对意见，我们可以认为这是更加严重的前后不一致。她没有说，"请稍等——玛丽安娜的不朽灵魂会受到威胁，就像我的灵魂会受到威胁一样。"相反，她的反应是，多漂亮的办法啊（"想像到这一件事，已经使我感觉安慰，"* 第三幕第一场，行261）。这一建议来自于一个修道士，或者说她把公爵当成了一个修道士，这一点可能减轻了她在神学上的担心。但是作者可能也想让我们把她的反应当作进一步的证据，来证明她是假道学而不是一个有原则的人——或者说她开始接受公爵的实用主义观点了。另外一个可能性是，她可能认为玛丽安娜的婚契尽管在剧中描写的维也纳法律中非法，但会减轻玛丽安娜在天国的罪过，这同计划在表面上来自神职人员这一点是联系在一起的。如果依莎贝拉把自己的身体交给安哲鲁，她就无法提出这样的"辩护"了。所以，同依莎贝拉相比，玛丽安娜只要对自己的灵魂承担更小的风险就可以拯救克劳狄奥。不论是莎士比亚的英国法律或是天主教奥地利法律，都同这些没有什么关系；该剧的法理意含并不是无足轻重的，但却在别的地方。

---

* 中译文引自，同上译者注引书，页331。——译者

公爵在剧中所起的作用类似于《威尼斯商人》中鲍西娅所起的作用——通过一系列不那么可信的手段让事情的结果正确。公爵假装离开维也纳，留下安哲鲁来严格执法、承担谴责，并在公爵返回时遭受羞辱，这让我们想起马基雅维利的《君主论》。在装扮成修道士时，公爵不断地告诉克劳狄奥说他会被处死，这让他受到极度惊吓；公爵告诉依莎贝拉说克劳狄奥已被处死，并且下令因诽谤安哲鲁而逮捕她，从而让依莎贝拉处于恐惧之中；公爵在安哲鲁同玛丽安娜之间安排了表面上非法的性活动；并且公爵看起来下决心要把一位虔诚的修女勾引到婚床上 但是这一切都成功了。我们从剧中看到，安哲鲁的恐怖统治成功了，他减少了卖淫现象而没有损害公爵受欢迎的程度，安哲鲁受到了教训，玛丽安娜最终获得了正义。一般官员，像爱斯卡勒斯（Escalus）（安哲鲁的副手）和狱卒，都得到了保护，并且，依莎贝拉，一位冷酷并且假道学的女士，变成了一个可以得到荣耀婚姻的女人。

一方面是安哲鲁，另外一方面是提供“低级”喜剧调剂的妓院老板们，在该剧开始的时候，他们代表了两个极端——天使和禽兽——而在中世纪和伊丽莎白时代世界观中，人类就处于二者之间，并且那个“天使”最终也露出了禽兽的原形。对于受过法律训练的读者来说，最为有趣的是从不执行法律与执行法律过严这两个极端。我们理解到，在该剧的文化中，试图把非法性行为规定为犯罪是唐吉诃德似的企图，在我们自己的文化中也是一样，而且，尽管公爵并不是一个完全的正面人物，但是他找到了一个审慎的中间路线——适度执行法律，这在表面意味着，对非法性行为的“处罚”是婚姻，意味着卖淫即使没有被完全地抑止，却也不再招摇过市。 118

安哲鲁坚持要彻底地执行法律，这反映了一种法律概念，不但夏洛克和依莎贝拉对法律持有这种观念，而且今天很多律师和法官也持这种观念——在这种观念中，法律是脱离人类而存在的。这种观念特别适宜于像夏洛克、安哲鲁和依莎贝拉这样的人，他们没有

什么温存的人际关系。安哲鲁不能理解，为什么仅仅因为存在着从轻情节就要宽容地处理克劳狄奥，这对他来说会暗示着法律受到了篡改，而法律对他来说是一套需要无弹性适用的规则。当依莎贝拉请求饶过自己兄弟的命的时候，安哲鲁回答说，“是法律判你兄弟的罪，并不是我。他即使是我的亲戚、我的兄弟，或是我的儿子，我也是一样对待他”（第二幕第二场，行 84 – 86）。法官判自己儿子死刑，这个形象表达了在法律和人类情感之间最为深刻的裂痕。安哲鲁偷看了后世的罗伯特·路易斯·斯蒂文生（Robert Louis Stevenson）的《赫密斯顿的堤坝：一部没有完成的罗曼史》（*Weir of Hermiston: An Unfinished Romance*）（1896 年），其高潮是法官判自己儿子死刑。安哲鲁的“天使主义”是身体同精神之间的无法达到的、并且不自然的分离——勃鲁托斯就曾试图做过这件事（他的一位先人因判自己儿子死刑而留名青史）。依莎贝拉同安哲鲁有着相同的法律观念，认为法律是一种与人类相脱离的东西，在发现克劳狄奥还活着之前，她请求公爵饶过安哲鲁的生命所基于的理由是，既然她的兄弟本来有罪，所以他被处死并没有错误，尽管法官有腐败行为。

马克思主义批评者泰利·依戈尔顿（Terry Eagleton）同夏洛克和安哲鲁站在一边反对鲍西娅和维也纳公爵：“夏洛克尊重法律的精神，而鲍西娅不尊重。夏洛克的契约并没有真的在字面上写明夏洛克可以在割安东尼奥的肉时让他流血，但是这可以从文本中合理地推论出来，就像任何真正的法院都会承认的一样……鲍西娅聪明的诡辩在现代法庭中会被裁决无效，并且夏洛克（如果他的契约一开

始就是有效的）会赢得这个案子。"[47]就像任何真正的法院都会承认的一样？没有真正的法院会执行夏洛克的契约，不论是在16世纪还是在此之后。执行这样的契约并不像依戈尔顿认为的那样是坚持法治所要求的，反对合同中的惩罚性条款的规则是——一条规则。依戈尔顿可以论证但他没有论证，对契约自由的任何侵犯，就像拒绝执行一个有完全行为能力、并且占有所有相关信息、自愿的成人达成的契约一样，都会削弱资本主义体系的基础。我们将在第5章中讨论这个问题。

而且，自亚里士多德以来，衡平就是西方法律观念中的一个组成部分，而依戈尔顿忽视了这一点，他以安哲鲁或者夏洛克的方式说，"法律之所以成为法律，就是因为它的命令必须是一般性的、无偏私的，必须独立于实际情况并且不关心实际情况。"（页36）法律并不仅仅是由不论结果怎样都必须完全执行的僵化规则组成的；改良的原则也是法律的一个部分。依戈尔顿认为，不对克劳狄奥处以法律所允许的最大限度惩罚会致命地削弱法律的一般性（页55－57），而且正义永远不应该受到怜悯之心的干涉，因为"慈悲心肠怎么能够打破进行起诉的恶性循环，如果它必须跳出这个恶性循环的圈子、跳出它同罪恶之间卑贱的结合？"（页57），依戈尔顿这些观点的错误假设是，法治总是要求施以最大限度的惩罚。相反，上限的存在表明，合法的惩罚是一个范围，而不是一个点。英美法一直都给执法官员以裁量权决定不起诉所有的犯罪，并且在每一个犯罪种类中（例如，非法性行为），通常都允许法官按照被告行为的从重或从轻情节来改变惩罚。

119

---

〔47〕 Eagleton, *William Shakespeare* 36－37（1986）．也请看 Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*, ch.2（1975）；Unger, *The Critical Studies Movement* 64（1986）（对《威尼斯商人》的讨论）；John Denvir, "William Shakespeare and the Jurisprudence of Comedy," 39 *Stanford Law Review* 825, 827－835（1987）.

在刑事司法体系中存在着规则和裁量的混合，这还有着切实的功利原因，它独立于法官们所感觉到的“同罪恶的结合”。因为立法机构缺乏有关违反制订法的具体情节信息，所以它只是确定了惩罚的上下限，把使惩罚适合于每一个罪犯的行为和情节的责任留给了检察、司法机构以及在有的情况下留给了监狱机构。这是一种理性的劳动分工，并且这并不同法律的观念相冲突。

依戈尔顿的法治观基础是一种误解，《威尼斯商人》和《一报还一报》可以帮助我们消除这种误解。夏洛克、安哲鲁、依莎贝拉和依戈尔顿代表了法律，而鲍西娅和维也纳公爵代表了非法律，这种观点是不对的。前四个人代表了一个系列中的一个端点，而后两个人则接近于另外一个端点。下面表格中左边的一列列出了一些不同的词语——有法理学的、哲学的、心理学的和制度的短语——用这些词语可以把法律描写为一种抽象，一种与有执行法律、解决争议之职责的人们毫不相关的东西。这些词语代表了消灭裁量权和人为因素、并且将“规则之治”或“法治”最大化的途径。它们强调的是职业化、逻辑、严格规则、鲜明的区别、实在法以及“棘手的”（hard）案件（并不是它现在指的那种难以决定的案件，而是指那些会产生残酷结果的案件，这些案件表明大脑和心灵是完全分离的），并且强调要从一个案件的具体情节进行抽象，从感情的羁绊中予以解脱，对争议各方的个性进行超越。

法律对立表

120

法治	人治
形式主义	现实主义
法律	政治
法律	衡平
法律	仁慈
法律	正义
规则	裁量

规则	标准
规则	原则
法律的规则	衡平的原理
本身规则	理性规则
逻辑	政策
僵化	弹性
正确的答案	好的答案
实在法	自然法
按先例判决	仲裁
法官	卡迪（*Qadi*），* 陪审团
严格责任	疏忽
合同的客观理论	主观理论
客观性	主观性
非个人化	人本主义
有原则的	结果导向的
权利	需要
权利	力量
制定法	普通法
制定法	宪法
解释主义	非解释主义
严格解释	灵活或宽松解释
字面	精神
法官发现法律	法官制定法律

没有任何文明社会曾毫无变化地接受了条文主义的立场，每一个社会都会通过适用右边一列中的一些或所有因素来软化严格条文主义的僵化 恰恰是因为严格执行规则让人无法忍受（“照章办事”是工人们打断老板运作的 一个手段），所以法律才是通过规则统治

121

* 卡迪是穆斯林国家的宗教法官。——译者

的艺术，而不仅仅是执法的自动机器。超级条文主义这个极端以及纯粹自由裁量司法体系的相反极端只有在原始社会中才找得到，成熟的社会则对严格法律和自由裁量予以混合。这个表格中的每一个词组都是现代美国法律的一个特征。这种混合同法律的概念并非不一致，这种混合就是法律的概念——而文学可以帮助我们看到这一点。

法律有性别吗？

有些女权主义者认为对法律采取条文主义进路反映了一种明显的男性思维方式。[48]非常值得注意，我的表格右面一列中的词语所表达的法律观常常由女人代表，而同它对立的法律观则由男人代表。请回忆一下鲍西娅和依莎贝拉对怜悯的恳求，请回忆一下赫卡柏、雅特里齐·钦契和安提戈涅都同代表法律实证主义的男性发生过冲突。对比一下俄瑞斯忒斯和克莱登妮丝特拉，前者不仅是针对对个人的而且是对公民的犯罪（不但是弑父，而且是弑君）进行复仇，而后者则为纯粹针对个人的犯罪而复仇。复仇三女神是女性复仇者——而她们所复仇的不是对公民的犯罪，而是家庭内的犯罪。[49]在第5章中我们将看到，在《比利·巴德》中，威尔舰长（Captain Vere）命令军事法庭不要管“男人中的阴柔”，而要使用严

---

〔48〕请看，例如，Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* 105 (1982)（对《威尼斯商人》的讨论）；Robin West, "Jurisprudence and Gender," 55 *University of Chicago Law Review* 1 (1988).

〔49〕请看 Paul Gewirtz, "Aeschylus' Law," 101 *Harvard Law Review* 1043 (1988). Bernard M. W. Knox, *The Heroic Temper: Studies in Sophoclean Tragedy* 77 – 78 (1964)，在安提戈涅同复仇女神之间进行了对比，强调说，安提戈涅所宣扬的自然法是家庭责任的自然法，就像我们已经看到的。

格的、坚硬的正义。如果说鲍西娅是文学中女性律师的典范，尽管我们不应忽视对她的负面描写，[50]那么文学中的男性律师和法官更常常是生活的残酷、冷血的敌人，比如贾格斯（Jaggers）、塔尔金霍（Tulkinghorn）、伊万·依里奇（Ivan Ilich）和克力兹法官。

苏珊·格拉斯佩尔（Susan Glaspell）的短篇《她的同等人组成的陪审团》（*A Jury of Her Peers*）（1917年）例证了这种性别的对比。[51]这个故事大致上基于一个真实的案子，[52]故事背景是美国中西部，很可能是爱荷华州。一个农民被发现死在自己卧室里，被一条绳子勒死了。因为没有暴力闯入或自杀的迹象，所以剩下的寡妇就成了怀疑对象，她被逮捕关进了监狱。彼得斯（Peters）警长返回犯罪现场进行调查，一起去的还有县里的检察官和最初发现尸体的希尔（Hale）。彼得斯和希尔带来了自己的妻子，她们呆在楼下，而男人到楼上卧室寻找线索。在厨房里四处看的时候——这是精华的"女人的房间"，男人没有想到要仔细地搜索——女人们发现了一只宠物鸟的尸体，它的脖子被折断了；希尔太太立即理解了，在这个孤独的、没有孩子的农民妻子的生活中，这只鸟是惟一的亮色，而那丈夫——一个冷漠、坚硬的男人——杀死了那只鸟，他的行为促使她杀死了他。希尔太太决定不告诉男人们自己的发现，警长的妻子对不交出证据有些不安，但还是决定支持希尔太太。

122

---

[50] 这奇怪地类似于美国电影中对女性律师毁誉参半的描绘。关于这一点请看 Carole Shapiro, "Women Lawyers in Celluloid: Why Hollywood Skirts the Truth," 25 *University of Toledo Law Review* 996 (1995).

[51] 该故事是她的独幕戏剧《琐事》（*Trifles*）（1916年）的一个重写版本。一般的讨论请看 *Susan Glaspell: Essays on Her Theater and Fiction* (Linda Ben-Zvi ed. 1995年).

[52] State v. Hossack, 89 N.W. 1077 (Iowa 1902). 请看 Marina Angel, "Criminal Law and Women: Giving the Abused Woman Who Kills *A Jury of Her Peers* Who Appreciate Trifles," 33 *American Criminal Law Review* 230, 241-244 (1996).

男人们洋洋得意并且神气十足，他们永远不会想到女人们会发现自己忽略的东西。这就是故事中的讽刺，也是对一种习惯的有力反驳，即，在格拉斯佩尔写作的年代里，不管是作为律师、法官还是作为陪审员，女人实际被排除于法律体系之外。[53]这个故事还说明了关于法律的另外一点。显然，在法律的眼睛中，扭断一只鸟的脖子是一个挑衅，但不足可以谋杀的借口，(请看一看贝雅特里齐·钦契发生了什么，他遭受的挑衅要严重1 000倍。）但这种眼光不同于女人们在这种事情上的观点。作者让我们认识到，女人要比男人对犯罪的全部细节——整体的语境——更为敏感，更少专注“条文主义的”观点，即罪过应根据从这些细节中抽象出来的规则决定(而这些细节只有在刑事程序的量刑阶段才可以纳入考虑)，所以这些女人愿意通过隐匿关键证据而成为谋杀者的事后同谋。

123

格拉斯佩尔的暗示是，男人从一个争议情节中抽象出几个显著的事实，然后给它们以法律上的决定力，这就是规则之治——这就是规则所做的事情。女人则更愿意把判决基于一个案件的所有情况，不受那些要求主观狭隘见解的规则的阻碍，不关心那种让决定服从一般的、“中性的”原则的需要。对细节的强调把女权主义的法律进路同文学的法律进路联系到了一起。文学表达在本质上就是具体的，而且很多女权主义者都批评抽象的做法，把这种做法当作是一种男性理解现实的方法。

这个故事还有更多的内容，包括同《安提戈涅》的明显遥相呼应之处。在《安提戈涅》和格拉斯佩尔的故事当中，都有一种强烈的感觉，即家庭或家事是女人的领域，而政治和法律是男人的领域，并且必须承认女人在自己领域内的权威。像安提戈涅一样，希尔太太在自己的领域内实现了女人的权威，尽管她没有经过冲突就

[53] 请看 Leonard Mustazza, "Gender and Justice in Susan Glaspell's 'A Jury of Her Peers.'" 2 *Law and Semiotics* 271 (1988).

做到了这一点。但是我想集中讨论这样一个观点，即女人思考法律的方式不同，她们以具体的而不是以抽象的方式思考法律；并且我想指出，这种思考方式并没有那种大家都认为的那种女性细致的美德。这种观点过于二分性，因为它对法律的两极概念进行了严格的性别化，并且它假定法律确实接受了或可以完全接受其中的一极并排除另外一极。非个人化司法的传统人格化典型是一个蒙着眼睛的女神，而《欧墨尼得斯》中法律和秩序的明显代言人是雅典娜女神，尽管她因为没有母亲所以并不是最具女性特征的女神。在另外一方面，福克纳的加文·史蒂文斯（Gavin Stevens）则是一个男性鲍西娅。《赫卡柏》中的阿伽门农则在这两种对立的法律观之间含糊其辞。并且，文学中代表所谓女性法律观的主要女性典范是男性创造的，这些男性以不赞同的、甚至是非男性化的见解描写了所谓的男性法律观。夏洛克和安哲鲁是莎士比亚笔下最接受"男性"法律观的男人，但是他们是软弱的而不是强壮的人物。夏洛克是个贱民，而且我们已经看到，条文主义法律观可以成为贱民的保护伞。安哲鲁被描写为天性就很柔顺，当公爵告诉他现在要他当家的时候，安哲鲁反对说，自己还没有准备好呢。他不对自己的决定承担责任，而是逃避到法律的背后；法律代替了不在场的公爵，成了安哲鲁的主人。安哲鲁的条文主义同他是个天生奴才这一点有关，也同他想要超越肉身、变成纯粹精神的愿望有关。过度的条文主义被联系于不成熟、软弱和看父亲眼色行事的性格特征。[54]

格拉斯佩尔暗示，在性别与法律和正义之间存在的联系并不只是偶然的，卡罗尔·吉里甘（Carol Gilligan）对这种观点进行了更为细致的阐述。[55] 她颇具影响力的著作《以一种不同的声音》——

124

〔54〕 这是杰罗姆·弗兰克（Jerome Frank）在 *Law and the Modern Mind*（1930）中对法律形式主义所进行的著名驳斥的主旨。

〔55〕 请看上注〔48〕。

该著作是《她的同等人组成的陪审团》在非虚构作品中的对应物——区别了一种吉里甘认为显然具有男性特征的“正义的伦理”(一个更好的短语可能是“权利的伦理”)以及一种她认为显然具有女性特征的“关心的伦理”。她主要的证据是男孩和女孩对“执行”游戏中的规则持不同态度。男孩倾向于很快就“裁断”所声称的违规，并且惩罚违规者；女孩们倾向于在具体语境中评价被声称的违规，并且会特别注意防止破坏关系。[56] 女孩也比男孩更善于同情理解，所以在有人指控违规时，女孩常常会停止游戏，因为她们担心决定谁是谁非的努力会损害感情。权利的伦理对应着形式主义的法律风格，而关心的伦理对应着语境化、个人化、裁量化的法律风格。因此，吉里甘的理论含有完全成熟的女权主义法理学的萌芽；这种法理学并不限于有关妇女的法律问题，比如相对价值（comparable worth)、强奸、淫秽书刊以及工作场合性骚扰，而是试图重新塑造全部法律，以让法律更不男性化（更不形式主义、规则导向)。

但是，不论男孩和女孩对待游戏中的违规行为的态度如何，吉里甘所说的“关心的伦理”也并不为女性所独占，就像在文学中的情况一样。男人从一开始就控制了法律体系，但这个法律体系从来也没有像女权主义、马克思主义以及法律权威们声称的那样被形式主义、严格规则、嗜好棘手案件以及类似的东西所左右和控制。有一个兰德尔就有一个卡多佐，有一个弗兰克福特就有一个墨菲(Murphy)，有一个伦奎斯特就有一个布伦南，有一个斯卡利亚就有一个布莱克门，有一个依斯特布鲁克就有一个赖恩哈特（Reinhardt)。如果我们想强调的不是个案化法律推理在认识论上的优点，而是想强调对弱者的同情（这是关心的伦理的一个方面)，那么我

[56] Lisa Weil, “Virginia Woolf's *To the Lighthouse*: Toward an Integrated Jurisprudence,” 6 *Yale Journal of Law and Feminism* 1 (1994)，指出吴尔夫（Woolf）小说中的两个主要人物，即拉姆齐先生和拉姆齐太太，分别代表了吉里甘的权利伦理和关心伦理。

们就只要列出那些把这种同情别在自己袖子上的法官就足够了。即使强调维持持续的关系这一点也不是女权主义所特有，它是一些法律学者的惯用手段，而这些法律学者多为男性，他们强调长期合同中有关关系的方面。吉里甘认为，同男人相比，可能有更多女人具有女权主义者认为的那种女性独有特征。但是并不能推出，具有这些特征的女性法官要多于具有这些特征的男性法官，因为，不论女性法官还是男性法官都不是从人群中任意抽取的。[57] 但是，即使女性法官平均起来比男性法官要更接近于这一系列中"关心"的一端，这最多也只意味着沿着一个已知系列的位移，它并不一定预示着法律变革。

正确的是，如果社会使法律执行变得过于灵活、具体、"关心"，那么后果会是无政府、专制或两者同时存在，这也就是为什么"人民司法"应该受到抨击。这是古雅典司法存在的问题，并且为苏格拉底审判证明了。柏拉图隐讳地把这个审判比方为在一个由孩子组成的陪审团面前因为一个厨师的指控而对医生进行审判。[58] 在《一报还一报》中，维也纳公爵处理国家事务的方式就有着无政府的迹象，这支持了格雷厄姆·布莱德肖（Graham Bradshaw）的观点，即安哲鲁与公爵之间的对比就是"没有善心的原则同没有原则

125

〔57〕桑德拉·戴·奥康纳（Sandra Day O'Connor）在自己的早期最高法院生涯中，有些法律学者认为自己在她的司法意见中发现了"一种女性化的法理学"，它"可能不像任何其他当代法理学"。Suzanna Sherry, "Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication," 72 *Virginia Law Review* 543 (1986). 也请看 Frank I. Michelman, "The Supreme Court, 1985 Term: Foreword, Traces of Self-Government," 100 *Harvard Law Review* 4, 17 n.68, 33-36 (1986). 已经有很多年没有人说奥康纳有这样的特征了，甚至更加不可能说最高法院的露丝·贝德尔·金斯堡（Ruth Bader Ginsburg）法官有这种特征，她的司法意见明显没有感情并且具有形式主义特征。正确的观点是，这些最高法院法官像大多数女性法官一样，都对妇女权利十分同情，但是这并不意味着一定要有明显女性化的法律推理风格。

〔58〕Plato, *Gorgias* 100-101 (W. C. Helmbold trans. 1952).

的善心”之间的对比。[59] 安哲鲁残忍的形式主义是对好东西的滥用，而不是坏东西的本质。非个人化是把法律同复仇区别开来的特征之一，而受害者同执法者角色的融合是复仇制度的一个缺点。就字面来讲，《她的同等人组成的陪审团》支持以“受虐待的妻子”为由为谋杀辩护，而这种辩护范围如此之大，以至于大多数丈夫都落到了法律保护的范围之外。

莎士比亚剧中要求灵活掌握司法的人物并不接受完全自由裁量、完全个人化这种站不住脚的法律极端做法，这实际上就是没有法律。[60]鲍西娅意识到，在执行法律中有一定程度的非个人化——所以也要愿意给外国人以正义——对于保护威尼斯的商业地位是必要的。维也纳公爵担心自己领国内的法律和秩序会崩溃，尽管他恢复法律和秩序的手段并不很谨慎。我们不能说，“抽象是通往以男性为中心的无知道路的第一步”是因为“作为较为弱小的性别，妇女属于一个单独的、由男人保护和关注的领域，这个抽象原则支持着防止已婚妇女拥有财产的规则”。[61]抽象是进行思考的一个前提条件，同把男人和女人当作一样的人而不管二者之间的任何力量差别的做法相比较，基于女人较为弱小这个原因把女人同男人区别开来的做法要更少地而不是更多地具有抽象的特征。

126

[59] Bradshaw, *Misrepresentations: Shakespeare and the Materialists* 143 (1993). Ziolkowski, 上注 [22], 也在夏洛克同鲍西娅之间进行了类似的对比。

[60] 关于小说中对荒唐的自由裁量司法的描写，请看 Robert Groves, *Claudius the God* 327 – 336 (1935).

[61] Mari J. Matsuda, “Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature: A Feminist Critique of Rawls' Theory of Justice,” 16 *New Mexico Law Review* 613, 619 (1986).

▼
▼
▼
第四章

文学法理学的局限

卡夫卡

虚构文学作品的作者当中，没有人比卡夫卡对法律有更多要说的了。卡夫卡本人就是一位律师，他的伟大小说《审判》始于主人公约瑟夫·K被逮捕，结束于K一年后被处死，并且他的短篇故事和片断也经常以法律作为主题。在第6章中，我将会讨论罗宾·韦斯特的主张，即卡夫卡的小说是对人类行为的经济学模型的批评，这个模型是被称作法与经济学这个颇有影响力的法律研究学派的心脏。在这里，我会讨论《审判》和《刑罚殖民地》（*In the Penal Colony*），后者是卡夫卡1914年写的一部短篇小说，这打断了他对《审判》这部小说的创作。

127

一位探险者（在翻译这个短篇的时候，德语中*Reisende*这个单词通常被译成探险者，尽管它的意思是旅行者）被邀请到一个没有指明的欧洲强国的海外殖民地，见证一次将按照殖民地的传统方式执行的死刑，并要把他的印象报告给殖民地的新任司令官。一个站岗的士兵睡着了，一位军官用自己的马鞭打了他。这个士兵醒来

后，抓住了军官的双腿，威胁说要吃掉他，因为这个反抗行为，这个士兵被判处死刑。负责执行死刑的军官是卡夫卡的短篇中没有名字的主人公（小说中没有合适的名字），他对探险者极为细致地描述了执行死刑的方法。这个方法是由受人敬畏的（至少是受该军官敬畏的）前任司令官制定的，其内容如下。被判有罪的人被扒光衣服，放到死刑机器——像一种巨型缝纫机——的像桌子一样的表面上，上面盖着棉花，这个机器运动的部分有一个暗示性别名“耙子”，它会刻下判决——在这个犯人那里是“尊敬你的上级”——用的是很多花纹和花体字，方法是移动针头，让它刺得越来越深，同时机器的底座旋转身体，而棉花会吸干鲜血。就像军官对探险者解释的，死刑执行的转折点是第 6 个小时，这时，被判死刑的人才会因为针头不断刺入自己身体而得知自己从未被告知过的判决。第 12 个小时，被判死刑的人在反思判决 6 个小时之后死去，机器会把他抛到机器旁边挖出的深坑里。

128

探险者感到奇怪的是，被判死刑的人不被告知判决，也没有任何机会针对指控为自己辩护。但是军官解释说，因为他集检察官、法官和执行官的大权于一身，所以避免了复杂司法体系所具有的会犯错误的问题：给被告人为自己申辩的机会，只会让他说出一串谎言。军官对探险者说了掏心窝的话，因为他知道，新任司令官不喜欢执行死刑的传统方法，军官希望探险者能够对它做正面报告。让军官特别悲伤的是，拨款数额和公众对执行死刑的兴趣都降低了——殖民地的全体居民，包括孩子们，曾经一度都要参加执行死刑，全都一本正经地等待着被判死刑的人理解判决的关键时刻。

在被放到机器上之后，那个被判处死刑的人开始呕吐，因为不让被判死刑的人在行刑前吃饭这条命令已经开始不被遵守了，也因为缺乏资金迫使军官反复使用同一块塞口布。这个事件导致机器弄脏了，加上探险者拒绝参加军官希望藉以重新取得公众对行刑方法支持的一个可笑计划，这些对军官都是致命的打击。他把被判死刑

者放开，把机器中的判决改成"要公正"，脱光衣服，爬上机器，然后把那块肮脏的塞口布塞进嘴里。就好像有魔法一样，在他推动启动杆前机器就开始了运转——开始时运转得很顺畅，但是过了一会儿，机器开始变得疯狂。它不是把判决刻在军官身上，而是用一根长钉刺穿了他的前额，使他立刻死去，没有让他活到明白判决的时刻。机器背面也张开了，吐出了成百上千的齿轮。探险者在一家咖啡馆短暂停留以后，乘坐第一班轮船离开了殖民地，老司令官就被安葬在咖啡馆天井里的一张桌子下面。因为军官死了，机器也已经解体，所以探险者没有必要再做报告了。

卡夫卡常常被当作一位先知式的人物，就像乔治·奥威尔一样；《刑罚殖民地》被认为是对纳粹集中营的预言，而《审判》被认为是对希特勒和斯大林实行的国家恐怖主义的预言。律师可能会倾向于把《刑罚殖民地》解读为一个对正当程序和残酷罕见之刑罚的评论。但是，我发现卡夫卡在这个故事里最为引人注目的、最具特点的做法是，他把刑罚令人厌恶的荒谬性同军官解释其卓越优点时的庄重并列在一起。军官的问题，也是卡夫卡小说中反复出现的问题，是他无法让任何人认真对待他认为世界上最重要的事情。这种无能为力表现了军官信奉一台机器，而这台机器想要在没有交流的情况下传达法律判决。那个被判死刑的人是一个低能儿（或者更差——请记住他的威胁的实质），对他来讲在第 6 个小时或者在任何其他时候都不会有什么顿悟的光芒。他不理解军官所说的语言，也不会理解机器的"身体语言"。那个看管被处死的人的士兵也是一个傻瓜。在此之外，惟一的观察者就是那个探险者，他装出一种冰冷的超然，后来变成礼貌的厌恶，但最终表明了自己不同情执迷不悟的军官。空间上的清晰性是卡夫卡小说的一个引人注目的特征，这使我们感觉到了在阴沉的沙漠环境下军官完全与世隔离——执迷不悟的病态割断了他的所有人类联系。我们开始为这个野兽感到悲哀，在他身上，我们感受到了普通人不能让别人分享自己的计划和

129

激情时的那种极端病态。尽管其表层主题是扭曲的法律，但是故事的心脏比上一章中讨论的伊丽莎白时代戏剧同法律之间的距离还要远。

因此，我没有被利达·科施博格（Lida Kirchberger）说服，他试图把《刑罚殖民地》描述为一部关于法律的寓言，[1]死刑机器象征着“司法机器”，而死刑机器的解体象征着不可行的“机械”法理学，这种法理学消除了所有自由裁量——这恰恰是泰利·依戈尔顿可能认为法律概念所要求的那种法理学。这种解读不能解释军官性格或精神痛苦，也不能说明这样一个事实，即除了宣告和执行判决以外死刑机器并没有创制规则、发现事实、作出判决或做出一个司法体系所做的任何事情。

《审判》也写于1914年，它忠实再现了奥匈帝国刑事程序的很多细节，[2]但法律也不是这部作品的心脏。约瑟夫·K——一个挑剔的单身汉，既是一个成功的银行经理又是一个朴实的寄宿公寓住客，他有着官僚式的见解，遵守规则，因为没有安全感而自负，在卑鄙和我行我素之间交替，他平凡，是个小市民而不是文雅的人，

---

〔1〕 Kirchberger, *Franz Kafka's Use of Law in Fiction: A New Interpretation of* In der Strafkolonie, Der Prozess, *and* Das Schloss, ch.2 (1996).

〔2〕 请看 Martha S. Robinson, "The Law of the State in Kafka's *The Trial*," 6 *ALSA Forum* 127 (1982). 对 *Prozess* 的更好翻译应该是“案子”或“诉讼程序”，因为被以戏仿的形式所描写的是漫长的、不具对抗性质的大陆式刑事程序，而不是英美式审判。在 *The Mirror of Justice: Literary Reflections of Legal Crisis* 235-239 (1997) 当中，西奥多·兹奥尔科斯基（Theodore Ziolkowski）论证说，《审判》的真正主题是世纪之交的普鲁士刑法同奥地利刑法之间的区别，他认为后者像判处约瑟夫·K死刑的法院一样都更加关心罪犯的精神状态而不是犯罪行为。兹奥尔科斯基以《审判》中没有完成的那些章节以及被删除的段落来支持这种解读。请看同书，页308，注〔55〕。这种解读方法在文学角度看来是可疑的，它使《审判》变得深奥，变成了历史文物、令人厌烦的东西——但是，就像我在导论中注意到的，这并不是兹奥尔科斯基的立场，他所感兴趣的是在文学作品中发掘作品同时代法律争议的痕迹。

l'homme moyen sensuel * ——在 30 岁生日的早晨被两个便衣和一个巡警在他的寄宿公寓逮捕。他们没有出示证件，也没有说明自己在哪一个机构工作或者针对 K 的指控是什么。因为他没有犯罪，而且是一个体面的中产阶级成员，所以他自然十分愤慨。“这些人可能是些什么人呢？他们说的是什么？他们可能代表那个部门？K 居住在一个有着宪法的国度，存在着普遍和平，所有的法律都是有效的，谁敢在他家里把他逮捕？”（页 7）[3] 他问警察巡官说，“‘谁指控我？是哪个机构在管理这些程序？你们是执法官员吗？你们都没有穿制服，除非你的衣服’——这时他转向弗朗茨［一个前来逮捕的官员］——‘可以被认为是制服，但是它更像旅游服’”（页 16）。但是他们所答非所问。 130

关于旅游服这句话暗示着即将出现比批评违反正当法律程序更为奇异的东西。从一开始，K 就对弗朗茨的衣服着迷，他注意到弗朗茨“穿着一套紧绷在身上的黑衣服，上面布满了各种各样的褶皱、衣服口袋、扣环和钮扣，还有一条腰带，就像一套旅行者的衣服一样，看起来十分实用，尽管我们无法判断它的实际用途是什么”（页 4）。K 着迷的恰恰是他的处境中与正当程序没有关系的那些方面。同时，来逮捕他的官员们拿了 K 的内衣，声称是为了保管，并且狼吞虎咽地吃着他的早餐，而居住在巷子对面的人们正以“真正老年人的好奇心”（页 5）透过他房间打开的窗子观看房间里面发生的事情。K 问巡警，自己是不是可以给自己的检察官（*Staatsanwalt* ——缪尔夫妇［Muirs］误译为“律师”）朋友打电话。巡官说当然可以，但没有什么意义。K 愤怒得无法控制，他暴躁地宣称说，自己不会给那位检察官打电话，好像这样拒绝他就战

---

* 法语，指有着性欲的正常男人。——译者

〔3〕 我从《审判》中引用的段落摘自威拉（Willa）和埃德温·缪尔（Edwin Muir）1960 年翻译的版本。

胜了巡警。

该书的气氛就像梦境一般，但是直到最后一章都还不像恶梦。131 在逮捕了K之后，这三个神秘的人告诉他可以自由地做自己的事情——法院自然会同他联系——然后他们就离开了。K没有被“登记在册”，并且不必交保释金。然后是一个神秘的插曲，K向另外一位住客博斯特纳小姐（Fraülein Bürstner）献殷勤，然后这位小姐就消失了；我们后来理解到，同法院打交道时K是在错误地寻求女人的帮助。

接着（卡夫卡没有写完这部书，它紊乱并且结构松散）命令逮捕他的法院中的无名预审法官传唤K进行了第一次审讯。法院设在一幢住宅楼中像养兔场一样发霉的房间里面——法庭没有牌子或官方机构的其他外部标志——这个场景就像《荒凉山庄》（*Bleak House*）中的衡平法院与《神曲》中某层地域的交叉点。当K最终找到法院房间的时候，我们渐渐明白，没有人会从这个法院得到正义；人们只是出庭，直到终老或被杀死。不用说，没有发生什么审讯。当K第二个星期再来时（他是不请自来，因为他想尽快结束自己的案子，或者至少找出指控是什么），这个地方一个人都没有。他翻看了法官桌子上的书籍，但它们根本就不是法律书籍——它们是肮脏的小说。他同一个正在洗衣服的妇女打情骂俏，并且同一个法学院学生发生了争论，然后是一个充满了受虐狂气息的场景：K打开了自己工作的银行的一个储藏间——发现逮捕自己的那两个官员正因偷了他的内衣而受到鞭挞。

K的叔叔听说了对自己侄子进行的神秘法律诉讼，就给K找了一位著名律师，赫尔德（Huld）（德语里的意思是“优雅”）。赫尔德原来是奥匈帝国的“华盛顿律师”。他声称自己对于这个神秘法院的运作有内部信息、认识那些法官、听说过K的案子、有影响力、有手腕——把一切都交给他好了。“最为重要的是，律师同法院官员有个人关系；辩护的主要价值就在于此”（页146）。什么都

没有发生。K因为赫尔德的女仆莱妮而心烦意乱，并且同她发生了一次类似此前同博斯特纳小姐进行的打情骂俏。

K就像被这个案子施了催眠术一样。法院没有人来打搅他；在第一次传讯失败之后，法院没有试图同他联系。但是K在工作时常常分神，害怕自己在银行的主要对手，即副主任，会超过自己，尽管小说里没有写被捕和后来的程序给K造成了不良影响。K的一个客户介绍他认识了一位画家，名字叫提陀莱里（Titorelli），后来发现他是法院的官方肖像画家。在逃过了一群稍微有些邪恶的少女之后，K找到了提陀莱里的住宅楼，它就在法院的大楼里面，所有的道路都把K引向法院。提陀莱里解释说，假设K是无罪的，那么就有三种可能性：真正的宣告无罪（这是不可能的），表面的宣告无罪（其中被告可以在任何时候被重新逮捕、重新起诉），还有无限期的推迟。这些可能性传达的印象是，K永远不会逃出法院的掌心。这就好像他得了一种慢性的不治之症，而这种病如果细心治疗的话还不会缩短他的寿命。

132

K觉得自己在这个案子中没有什么进展，就决定解雇赫尔德，他一直都在勤勉地起草K的第一份答辩词（或者赫尔德是这样说的——但他明显是在撒谎）。在K和赫尔德都不知道指控是什么的情况下怎么写答辩状，这个问题一点都没有让赫尔德感到困扰，这是这部出人意料地滑稽好笑的书中的很多笑料之一。赫尔德还有另外一个客户，布洛克（Block），他的案子已经有5年了，已经完全毁了他，甚至比K的案子毁了K还要严重（但是K的案子还不到一年）。布洛克实际上已经搬到了赫尔德的房子里，而莱妮已经养成了白天把他锁在她房间里的习惯，以免他不停地骚扰自己。为了劝说K不要解雇自己，赫尔德出色地表演了律师的诡计，即通过把法律描述得完全为外行人无法理解来威胁当事人。他谈到了他最近同该法院的一位法官就布洛克进行的谈话，赫尔德引用法官的话说："'布洛克仅仅是奸诈……但是他的无知要甚于他的狡猾。如果

他发现他的案子还没有真正开始，如果他被告知标志程序开始的钟声还没有被敲响，你猜他会怎么说?'——'给我安静些，布洛克，'这个律师说，因为布洛克刚刚颤抖着双腿站起来，显然是在哀求给自己一个解释"（页244）。我们可以想像可怜的布洛克的感受——他已经把自己所有的钱都花在这个案子上，却发现案子还没有开始。赫尔德主张自己技巧的时机成熟了：

> "那个法官的话对你来说没有什么重要……不要因为一句话就惊惶失措。如果你再这样我就什么都不告诉你了……我所说的仅仅是重复一位法官的话。你很清楚，对于这些事情的意见是如此不同，以至于疑团无法散开。比方说，这位法官假定程序是在一个时间点开始，而我却认为程序是在另一个时间点开始，这只是观点不同罢了。有一个老传统，在程序中的一个特定阶段必须敲响一个钟。按照法官的说法，那标志着案件的开始，我现在还不能把反对他的所有根据都告诉你，你也不会理解，你只要知道有很多反对他的观点的根据就可以了。"布洛克正尴尬地坐在地上拔着摆在床前的皮地毯上面的毛……"布洛克，"莱妮用警告的口吻说，抓住他的衣领把他向上拉了一点，"别碰地毯，听律师讲话。"（页245-246）

一天，K安排好要领银行的一位意大利客户参观城市风光，他们约定在大教堂见面。K来到那里，但那位客户却没有出现。几乎133 空无一人的大教堂里很阴暗，一位牧师登上了讲道坛，K并不想听布道，就开始偷偷摸摸地向外走，突然"他听到牧师提高了嗓音，一个洪亮的、受过良好训练的嗓音。它在大教堂里是多么地响亮！但是牧师并不是对会众说话，这些字清晰得让人无法逃避，他是在喊：'约瑟夫·K!'"（页262）。牧师原来是法院的又一位职员——一个监狱牧师，他给K讲了一个寓言（卡夫卡把它作为《在法律

面前》（*Before the Law*）单独出版）在法律面前站着一个守门人，一个农村人来到这里要求进去，守门人说那是不可能的。这个人就坐在守门人提供的一个板凳上，等着，他等了好多年，不断地乞求守门人让他进去，最后他变成了一个垂死的老人，对守门说，"'每一个人都想要达到法律……那么，为什么这么多年以来，除了我以外没有别人要求进去呢？'守门人感觉到这个人就快到达生命的终点了，他的听力也已经不行了，所以守门人对着他的耳朵大声喊道：'除了你，没有人可以被允许进这扇门，因为这扇门就是为你准备的。我要把它关上。'"（页269）。牧师和K就这个寓言的含义进行了辩论，但却没有得出结论。K在将要离开时问道，"你对我再没有什么别的要求了吗？"牧师回答说，"我属于法院……所以我怎么会对你有什么要求？法院对你不会有什么要求。你来它就会接受你，你走它就会让你离开"（页278）。

尽管如此，在下一章、也就是最后一章中，K被处死了。（显然，卡夫卡本来想要在这一章和大教堂那一章中间写进其他章节。）就像《刑罚殖民地》中的那个犯人一样，K没有被告知判决。在K31岁生日的前夜，"两个人来到了他的住处……穿着长风衣，面色苍白、身体臃肿，戴着看起来摘不下来的大圆筒形高帽"（页279）。他们押送他步行到农村，当他们来到一个没有人的地方，他们把他按在一块大石头上面，拿出了刀子。在没有说任何话的情况下，K理解了自己要把刀插进自己的胸膛里面，但是

> 他还不能完全地理解当前的形势，他不能让这些官员完成他们所有的任务，他这最后一次失败的责任要归咎于他们，因为他们没有给他留下足够的力量来完成这件事情。他的目光落到了采石场旁边一幢房子的顶楼。就像开灯时的闪光一样，那里的一扇窗子突然打开了，一个人的形状，在那样的距离和高度看起来微弱而且模糊，突然间向前探出，双手伸得更远。那是

134

> 谁？一个朋友？一个好人？一个同情的人？一个想要帮忙的人？是不是只有一个人？或者究竟是不是人类？能不能得到帮助？有利于自己的辩护有没有被忽略？当然一定有。毫无疑问，逻辑是无法动摇的，但是它经不住一个想活下去的人的考验。他从未见过的法官在哪里呢？他从没有进过门的高级法院在哪里呢？他举起了自己的双手，伸出了所有的手指。
>
> 但是那两个人中已经有一个把双手放到了K的脖子上，另外一个人把刀深深地刺入了他的心脏，并且在那里转了两圈。视觉开始模糊的K仍然能够看到这两个人就站在自己的面前，脸贴着脸，看着这最后的一幕。"就像一条狗！"他说，就好像这其中的羞辱一定会在他死后仍然存在。（页285－286）

人们常常认为《审判》的寓意是，法院的程序无法理解，但会永远持续下去，为这样的秘密法院逮捕、并指控犯有没有列明的罪行，然后被秘密地即刻处死，这一切会多么可怕；简单说来，人们认为它是一部关于滥用法律正义的书。我不是这样解读的。为小说提供框架的法律程序看起来更像是对主人公所开的典型卡夫卡式的"黑色幽默"，类似于《变形记》开篇第一句话中格里高尔·萨姆沙（Gregor Samsa）变成了一只巨大的甲虫。请想像一下，一天早晨醒来，你发现自己变成了一只巨大的甲虫。请想像一下，一天早晨醒来，你因为莫须有的罪名被捕，并且发现自己无法找到被指控的罪名是什么——而你不可能做过任何可能被认为违反了任何法律的事

情。[4] 作为不公平的生活的有力象征，严格责任制——为无过错的、甚至是完全无法避免的行为造成的后果承担法律责任——已经够糟糕的了。而约瑟夫·K不是因为他所做的任何事情而受到惩罚，不论这些事情是否含有过错；他没有做过任何事情。[5]在他的世界当中，不但意图或罪过同惩罚完全割裂，而且行为同惩罚也完全割裂了。

在《审判》和《变形记》中，可怕、无法理解而又荒谬的事情发生在主人公身上，我们看着他们可笑地、可怜地挣扎，直到他们最后不光彩地失败。同时，我们也感到，就像《刑罚殖民地》中的拷问者感受到的一样，主人公所处的怪诞困境在某种意义上象征着人类的境遇。这一点在《审判》中比在《变形记》中更容易接受，因为约瑟夫·K乏味、平庸，非常像一般人——甚至还不如一般人。卡夫卡的大多数主人公身上都有着一些笨手笨脚的特征。

我并不是说《审判》当中没有任何法律旨趣。通过仔细阅读出现赫尔德的那些章节，读者可以把这部小说感受为一个外行人的恶梦，这个人成了一个法律诉讼的当事方，却因为法律中莫名其妙的词语而无法理解正在发生的事情。像其他专业人员一样，律师希望用一层神秘的面纱把自己的行为包裹起来，支撑起他们的自大，强化主张他们的法律特权地位。我们也可能会想起勒尼德·汉德法官的话，即“在这么多年的经历之后，我必须说，作为一个诉讼当事

---

[4] 无法找到针对自己指控的被告人在卡夫卡作品中的镜像是《火夫》（*Stoker*）中的同名主人公。《火夫》是卡夫卡未完成的小说《亚美利加》（*Amerika*）的第一章，但是单独出版了。火夫对自己的上司心怀不满，但是却无法在构成这个故事最为重要一环的那个热闹的“审判”场景中说出来。（请比较《刑罚殖民地》中军官没能进行交流。）他的对手请来推翻火夫愚蠢的胡言乱语的那一大群证人是极好的喜剧式的用宰牛刀杀鸡。不能让任何人倾听和理解也是K的问题之一。

[5] 在《审判》中，“罪恶是由法律机构生产出来的”而不是由它发现的。Mark Anderson, *Kafka's Clothes* 192 (1992).

人，我对法律诉讼的恐惧几乎胜过对除了疾病和死亡之外的任何其他事情的恐惧。"[6]对于约瑟夫·K来说，法律诉讼就是疾病，也的确是死亡。或者我们可以注意到，审判约瑟夫·K使用的法律是变得疯狂了的自由裁量司法。或者我们会注意到，布洛克（像奥斯卡·克力兹和狄更斯的理查德·喀斯通［Richard Carstone］一样）就是那种熟悉而又可怜的人物，即被缠住的诉讼当事人。我们可能得出更为奇异的结论，即约瑟夫·K和那个乡下人是在寻找自然法，这种自然法的象征可能是《在法律面前》中门后闪耀的光芒。

但是，《审判》的中心是在别的地方——K徒劳地在法院象征的宇宙中寻找人类的意义，这个宇宙，虽然其设计是要帮助人类或让人类理解，却是武断的、非个人化的、残忍的、欺骗的和让人难以捉摸的。这个宇宙类似于《在法律面前》中的守门人，他不但挫败了那个乡下人接近"从法律的大门里无法阻挡地流淌出来的光芒"（页269）之来源的努力，而且让这个人的努力显得可笑、可怜。统治这个宇宙的神灵们从星光灿烂的天国下降到了寄宿公寓的阁楼里，[7]在这个宇宙里，一切都无法理解、紊乱、异化、隔绝，在这个宇宙中，K的一切行动都是错误的，但是他所做的任何事情都改变不了结果，因为人类的力量没有效果。K不但不能掌握（在这个词的两个意义上——理解和控制）打乱了他的生活、导致了他耻辱死去的那些事件的逻辑；像《刑罚殖民地》中的军官一样，K

---

[6] Hand, "The Deficiencies of Trials to Reach the Heart of the Matter," 3 *Lectures on Legal Topics* 1921－1922 89, 105（纽约市律师协会1926年）.

[7] 卡夫卡的一些作品倾向于受到宗教解读。例如，《刑罚殖民地》可以被看作是基督教取代犹太教的寓言——"新法"（New Law）对"旧法"（Old Law）的取代；请看 Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, vol.1, pp.999－1000（1947）（question 91, article 5）——其中老司令官司法体系中的残酷报应对应着旧法，新司令官的体系所具有的女性化温柔对应着新法。当然，这一解释因为军官的死而变得极为复杂，他是老司令官的精神继承者，所以可以被认为是象征着耶稣基督的亵渎神灵的符号。

也无法让任何人倾听他的“辩解”——他生命的告白（*apologia pro vita sua*）。

在卡夫卡创作《审判》的同时，乔伊斯正要开始写作《尤利西斯》，几年之后T·S·艾略特写下了《荒原》。这三部现代主义经典作品在描写20世纪的城市文化时，对西方高雅文化进行了具有讽刺意味的贬低和模仿。[8] 在《尤利西斯》当中，荷马的英雄变成了20世纪都柏林的一个戴绿帽子的拉广告的犹太人。在《荒原》当中，圣奥古斯丁、斯宾塞、莎士比亚、但丁、马韦尔以及瓦格纳变成了表达都市腐朽和“轻佻女郎时代”的性无能的声音，而对圣杯的寻找变成了在现代伦敦范围内漫无目的的徘徊。在《审判》中，但丁在30岁时逃离了一只豹子，经历了地狱、炼狱，到达了天堂的大门，而耶稣在30岁的时候被逮捕、处死，然后复活，以一个小资产阶级的面目重新出现，这个小资产阶级在30岁时被捕，进行了一次没有超出过寄宿公寓阁楼的旅行，然后像一条狗一样死去。作为对现代性的讽刺，这些作品唤起了一些知识分子所认为的现代都市人在社会、文化甚至哲学上的孤立和平庸。

约瑟夫·K的孤立表现得特别明显，并且这不仅仅表现在他被处死的那个场景里。就像里奇·罗伯逊（Ritchie Robertson）指出的，“我们在社会生活中通常以一种不经意的、不系统的方式学会怎样通过人们的外表、衣着、用语和口音来给他们定位。”[9] K无法用这些线索来“解读”法院，他的无能为力注定他对意义的寻找会失败。“法院操作着一套不同的符号学系统”（页72），例如，在这套系统中，权力同空间和富裕成反比，因为法院的办公室狭窄、破旧。“K习惯于通过未被观察肯定的大胆的、自恋的臆测来解释他

---

〔8〕《变形记》——对奥维德的滑稽模仿——是另外一个例子。

〔9〕Robertson, "Reading the Clues: Franz Kafka, *Der Prozess*," in *The German Novel in the Twentieth Century: Beyond Realism* 59, 71 (David Midgley ed. 1993).

的环境"（页 74），这个习惯导致了"一个人物的毁灭"（页 64）。"在现实主义的符号学之外，K 偶尔会瞥见另外一个有着自己意义系统的世界，而这与他的日常现实不同，并且在一些方面同自己的日常现实相反——［《审判》］表明了……一个令人惊恐的可能性，即法律可能是真实的、人类生活可能是在一个完全不同的现实背景下进行的。日常生活只允许我们偶尔瞥见这个处于我们熟悉世界被人遗忘的角落、阁楼和储藏室中的不同现实"（页 72）。

137 我并不是想要否认《审判》中描写的法律程序同希特勒德国、斯大林的苏联以及其他极权政权在处理政治犯罪时采取的法律程序存在着类似之处。我提到过，确定的宣告无罪是不存在的——没有任何被告人会得到一张干净的健康证书，在被释放之后，他们随时会被重新逮捕、重新审判，所以受到了双重危险（double jeopardy）。禁止一个人受双重危险是基于这样一个原则，即国家同私人公民一样要受法律约束，这个原则是法治的核心，但同极权主义的前提条件相对立。（所以，雅典有反对双重危险的规则而斯巴达没有这样的规则，这就不足为奇了。[10]）通过把被告置于国家重新起诉的权力之外，确定的无罪宣判会削弱极权国家永远正确、无所不能的主张。还有《审判》中的神秘法院，它错综复杂的官僚机构，它与国家的公共机构相互独立、却相互平行的存在，它对没有指明的、甚至不存在的犯罪进行惩罚，它看起来关心人们的性格和思想而不是他们的行为——这些都是极权"正义"的先兆，呼应着中世纪教会好战的因素，从而也呼应着这部小说的神学象征主义层面。

但是小说中并不存在极权体系应该具有的基本特征。我们只要把《审判》同阿瑟·凯斯特勒（Arthur Koestler）的《正午的黑暗》（*Darkness at Noon*）进行对比就能看到这一点，后一部小说描写了 1930 年代苏联大清洗运动中的审判。鲁巴舍夫（Rubashov）是凯斯

---

〔10〕 Douglas M. MacDowell, *Spartan Law* 143 – 144 (1986).

特勒小说的主人公，他是一位“老布尔什维克”。尽管他真的没有密谋推翻斯大林（小说中的“一号”），但他激起了斯大林偏执狂的恐惧，半夜被捕投入了卢伯延喀（Lubyanka）监狱，在那里他受到了阴险的心理学压力（没有身体上的拷问），最后他签署了一份供述，承认自己密谋杀死一号。他甚至相信，自己的供述是为布尔什维克事业做的最后一件事情，在他的公开审判中，他诚心诚意地重复了供述，尽管他知道供述是假的，然后，他耳朵后面被打了一枪，处死在卢伯延喀的地下室里。

这部小说让人不寒而栗，并且，尽管现实的清洗审判中使用的大多数供述都是用不那么具有想像力的方法取得的（例如，通过威胁杀死被告的家人），但是它传递了一种苏联式极权司法的真实印象。[11]甚至对审讯有专业关怀的人士也可能对它感兴趣，就像对《罪与罚》中鲍费里对拉斯科尔尼科夫的审讯和《在西方的眼睛下》（*Under Western Eyes*）中米库林对拉祖墨夫的审讯感兴趣一样。但是《正午的黑暗》属于20世纪马尔罗（Malraux）、奥威尔、多斯·帕索斯（Dos Passos）等人的报告文学式的小说这种文学类型；相反，《审判》尽管有着忠实的法律细节，却没有给人以报告文学小 138

[11] Robert Conquest, *The Great Terror: Stalin's Purge of the Thirties* 189–191 (rev. ed. 1973). 鲁巴肖夫显然是由布哈拉（Bukharin）（布哈拉，尼科莱·伊万诺维奇，1888–1938，布尔什维克革命家和苏联政治家，提倡逐步的农业集约化的，在30年代莫斯科最后一次“肃反”运动中被指控谋反，定罪处死——译者）、托洛茨基（Trotsky）（托洛茨基，利昂，1879–1940，俄国革命理论家、是布尔什维克革命的领导人，后被逐出共产党并因其反对斯大林政权和强调世界革命而被驱逐 他的著作包括《文学与革命》（1925年）及自传《我的一生》（1931年）。托洛茨基在流亡墨西哥时被谋杀——译者）以及拉戴克（Radek）复合而成的。请看同书，页190注释。Nathan Leites and Elsa Bernaut, *Ritual of Liquidation: The Case of the Moscow Trials* (1954)，强调了莫斯科审判中所使用的供述中的反抗的弦外之音以及隐蔽的挑衅信息。对被告进行的洗脑远不如在凯斯特勒的小说中所描写得那么彻底。在布哈拉的案子中，洗脑完全失败了。Stephen F. Cohen, “Introduction,” in Anna Larina, *This I Cannot Forget: The Memoirs of Nikolai Bukharin's Widow* 11, 17–19 (1993).

说的感觉。这里不但是感觉的问题，两者之间的基本不同是政治寓意的缺失。约瑟夫·K没有参与政治，并且判他死刑的那个神秘法院也没有政治任务，它仅仅像《荒凉山庄》（我们将会看到，卡夫卡从中借用了他在《审判》中对法院的描写）中的英国衡平法院一样，是某种官方恐吓体系的组成部分。

20世纪20年代和30年代的报告文学小说已经湮没无闻，这是因为它们的时事性，这一点在第1章对时间检验的讨论中已经看得很清楚。同《审判》相区别，这些报告文学小说固定于历史上的一点；它们并不针对人类处境中的永久性因素。《一九八四》是一个例外。尽管它是当作一个政治寓言来写的，并且当人们这样看它时，又因为苏联的垮台变得过时了，并且实际上被证明是错误的，[12] 但是它同一些超越了共产主义失败的问题之间的衔接很生动，比如语言和大众文化同思想之间的关系问题。

有人把《审判》同《迈克尔·克拉斯》联系起来。[13]卡夫卡欣赏克莱斯特的作品，并可能从其中借用了细节。约瑟夫·K同监狱牧师的会面呼应着克拉斯同马丁·路德的会面，而克拉斯与“模糊的权力网络”[14]之间互相斗争却无法取得正义，这一点类似于约瑟夫·K同阁楼法院之间的斗争。不论克拉斯转向何处都会发现同伤害自己的贵族有着千丝万缕的联系；不论K转向何处都会发现同法院之间的联系，就像他见到提陀莱里和那个监狱牧师一样。但是

---

〔12〕 像凯斯特勒一样，奥威尔夸大了洗脑的有效性。这是知识分子的一个倾向——这是一个在某种意义上从事洗脑工作的阶层。

〔13〕 J. M. Lindsay, “Kohlhaas and K.: Two Men in Search of Justice,” 13 *German Life and Letters* 190 (1959); Eric Marson, “Justice and the Obsessed Character in *Michael Kohlhaas*, *Der Prozess* and *L'Etranger*,” *Seminar* (*A Journal of Germanic Studies*), Fall 1966, p.21; F. G. Peters, “Kafka and Kleist: A Literary Relationship,” 1 *Oxford German Studies* 114 (1966).

〔14〕 John M. Ellis, *Heinrich von Kleist: Studies in the Character and Meaning of His Writings* 74 (1979). 请比较 Charles Bernheimer, “Crossing Over: Kafka's Metatextual Parable,” 95 *Modern Language Notes* 1254, 1263 (1980).

这两部作品的情绪和见解完全不同。克拉斯是一个传统的复仇者，有复仇太过分这个标准问题，而克莱斯特想讨论的是正义的崩溃和德国的分裂。约瑟夫·K则是困在一张部分由自己织就的蛛网里的苍蝇，他对自己的困境作出的反应不是复仇者无法平息的暴怒，而是滑稽徒劳的姿态。

弗莱德里克·德伦迈特（Friedrich Duerrenmatt）的中篇小说《抛锚》（*Die Panne*）（1956年）[15]在精神上与《审判》更为接近，这部中篇是《审判》和卡夫卡的短篇故事《判决》之间的一个发人深思的混合（请看第6章）。特莱普斯是一个不断出差的销售员，他对通奸行为的口味让人想起了K每周都要找妓女。当他的汽车抛锚时，他被请去同一位退休法官住在一起，这位法官和同他一样古老的老朋友们——一位退休的检察官，一位退休的辩护律师，还有一位退休的死刑执行人——通过与任何愿意做游戏的来访者一起表演审判来自娱自乐。特莱普斯很愿意参加他们的游戏。在欢声笑语中，大家喝着美酒，那个检察官从特莱普斯口中哄骗出了一个"谋杀"的供述。特莱普斯的上司吉盖格斯在得知特莱普斯同自己的妻子有婚外情之后不久死于一场心脏病，特莱普斯坐上了上司的位子。特莱普斯承认自己憎恨吉盖格斯，因为他阻碍了自己的晋升，也承认自己很高兴他现在死了。但是辩护律师让人信服地指出，吉盖格斯死于心脏病很可能是高温的结果（吉盖格斯此前就有心脏病），而不是因为发现了自己妻子不忠。特莱普斯怒不可遏，他坚持说自己犯了谋杀罪。在检察官织就的推测网络中，通奸是故意地、成功地杀死吉盖格斯并取而代之的计划中的关键一步，这些假定赋予了特莱普斯的生活以一种前所未有的形态和意义。法官顺水推舟地判处特莱普斯死刑，这个判决本来是作为笑话，并且大家

〔15〕书名的意思是《抛锚》或《意外》，但是这部小说被翻译成英文时的题目是《特莱普斯》（Richard Winston and Clara Winston trans. 1960）。

也是把它当作笑话来理解的，但是特莱普斯径直上楼回到自己的房间，然后上吊自杀了。

特莱普斯是一个比约瑟夫·K更为彻底的平庸之辈，他不会做任何大事，包括谋杀，他所犯的罪只限于平常人所犯的小型欺骗和吝啬。这个模拟审判使他脱离了平庸，赋予了他谋杀者的高贵身份，而确认这一身份则要求执行给谋杀犯判的刑。约瑟夫·K和特莱普斯在同一个意义上是“有罪的”，但是约瑟夫·K却连虚假的高贵身份都没能得到。这些人物不能够做任何像死罪一样“大”的事情，这一点就是他们的死罪。

140

狄更斯

在《荒凉山庄》中，狄更斯选择了浓雾作为衡平法院的象征，这部小说的框架是一个衡平法案件，这个案子最后被驳回，因为案中争议的财产已经完全被律师费和其他费用完全耗尽了。案中无法理解、毫无效果的程序类似于《审判》中的法院程序，这不应该让人感到奇怪，并且这不仅仅因为卡夫卡十分欣赏狄更斯的小说。[16]英国衡平法院的传统程序有着不慌不忙的进程，重视书面证据，并且有着某种“纠问式”风格，所以更类似于大陆法程序而不是经典的英美普通法审判程序。狄更斯的另外一部色彩明亮得多的法律小说《匹克威克外传》（*Pickwick Papers*）的重心（巴德尔诉匹克威克违约案的审判）是一个普通法案件而不是衡平法案件，这一点可

[16] George H. Ford, *Dickens and His Readers* 254－256（1965）；Ronald Gray, *Franz Kafka* 72（1973）；Ernst Pawel, *The Nightmare of Reason: A Life of Franz Kafka* 159（1984）.对《荒凉山庄》同《审判》之间具体的类似之处的讨论，请看 Mark Spilka, *Dickens and Kafka: A Mutual Interpretation*, ch.10（1963），以及 Deborah Heller Roazen, "A Peculiar Attraction: *Bleak House*, *Der Prozess*, and the Law." 5 *Essays in Literature* 251（1978）.

能并非偶然，尽管衡平法在《匹克威克外传》中也受到了一定的抨击。[17]

在《荒凉山庄》中，司法程序本身主要是作为背景，就像在《审判》中的情况一样（这可能与在纠问式体系中对抗式程序受到削弱或淡化有联系）。巴德尔诉匹克威克案的法庭戏剧效果不见了，《匹克威克外传》中纯粹的法律多样化也不见了。《匹克威克外传》是一部触及到了破产法、遗产法以及违约的小说，定格于其中的律师包括了富有同情心的潘卡律师形象。但是《荒凉山庄》对可恶律师的令人无法忘怀的描写特别多——特别是图金霍恩和格皮——还描写了像偏执狂一样追踪自己和他人案件的那些疯狂的法庭迷（比如弗莱德小姐），还有其他较为清醒的倒霉蛋，他们着迷于通过诉讼大赚一笔，最终却毁在这种希望的手里，比如理查德·卡斯顿，他对应着《审判》中的布洛克和《他自己的狂欢》中的奥斯卡·克力兹。

尽管《荒凉山庄》中有夸张甚至是幻想，尽管衡平法院不仅仅是批评的靶子，而且还是狄更斯所关注的人类自私和冷漠这个更为广泛问题的一个象征符号，但是，这部小说的意图是（更加确切地说，是意图包括）对一个具体法律程序（即衡平法律程序）进行严肃批判。这种批判是不公正的。衡平法程序在《荒凉山庄》写作之前已经改革了，并且这部小说混淆了遗嘱争议与监护权。[18] 贾迪斯诉贾迪斯案是一个遗嘱争议案件，所以应该在遗嘱检验法院而不是在衡平法院进行审判。而且，衡平法案件之所以拖沓，主要是因

141

〔17〕对狄更斯的"法律"小说的概览，请看 Larry M. Wertheim, "Law, Literature and Morality in the Novels of Charles Dickens," 20 *William Mitchell Law Review* 111 (1994).

〔18〕Allen Boyer, "The Antiquarian and the Utilitarian," 56 *Tennessee Law Review* 595, 597, 617－624 (1989). 鲍艾尔（Boyer）也指出，狄更斯对英国法律体系的批判受到了边沁的很大影响，同书，页598－599——这使狄更斯在《艰难时世》中用鼓播硬嘲笑边沁这一点让人感到迷惑。

为一个无害的事实，即衡平法院要管理未成年人的监护人和托管人（所以有“受大法官监护的未成年人”这个表达方式），这种管理必须一直持续到未成年人达到成年。

作为法律批评，《匹克威克外传》则更为切题。这部小说的中心事件是巴德尔太太毫无根据地对匹克威克提起了违反婚约的诉讼（匹克威克从未定过婚约），以及她毫无效果地努力兑现陪审团判给她的大笔赔偿。其中的程序会让现代读者——可能特别让受过法律训练的现代读者——感到是一场闹剧。巴德尔太太或匹克威克先生都没有出庭作证，所以陪审团无法得到婚约是否存在的最佳证据，并且不存在用匹克威克可观的资产强制执行判决的程序，巴德尔太太只能在他拒绝付款的情况下让他因蔑视法庭而被监禁。[19]但是所有这些都是事实，不是闹剧，在狄更斯写作《匹克威克外传》的时候，法律诉讼的当事双方不被允许出庭作证，并且股票——匹克威克财产存在的形式——不能被用于判决的强制执行。[20]

142

改革前的衡平法院程序存在的问题并不是它具有巴德尔诉匹克威克案所触及的那种纠缠不清的法律难题——就像我们已经知道的，同普通法相比，衡平法更为灵活、更少地墨守陈规——问题是它拖沓且费用高昂。[21]衡平法法院垄断了很多重要的、有复杂和拖沓可能的案件，不但包括信托和监护，而且包括寻求衡平救济（禁

---

〔19〕博弈理论家们会认为这是一个没有效率的救济，因为它让斗鸡博弈（game of chicken，指博弈双方为了吓倒对方而相互进行挑战和威胁——译者）的出现成为可能：巴戴尔威胁匹克威克说，如果他拒绝支付就会一辈子被监禁；匹克威克威胁说，自己会一辈子呆在牢里（这种情况下巴戴尔什么都得不到），除非巴戴尔同意接受对判决的数额大打折扣。请比较 Linda S. Beres, "Games Civil Contemnors Play," 18 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 795 (1995).

〔20〕William S. Holdsworth, *Charles Dickens as a Legal Historian*, ch.4 (1928).

〔21〕同书，第3章；John P. Dawson, *A History of Lay Judges* 170–172 (1960)；G. W. Keeton, *An Introduction to Equity* 18–20, 35 (6th ed.1965)；D. M. Kerly, *An Historical Sketch of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, ch.13 (1890).

止令状、破产接收、复杂核算或合同实际履行[22]）而不是只能赔偿损失（现在也是如此）的“普通法”救济的标准案件。衡平法救济常常要求持续的司法监管。衡平法法院比一般的普通法法院更多使用书面证据，这也使程序缓慢下来，而衡平法院大法官要亲自审查衡平法院的几乎所有案件，这个事实也使程序放慢。[23] 衡平法法院行动迟缓这一点特别惹人注目，因为一般的普通法法院审判通常非常便捷（现在也是），很少有案件会超过一天。衡平法法院还很昂贵。法官的薪水来自诉讼当事人支付的审理费，并且衡平法法院的审理费也很高，部分因为这个法院垄断的诉讼都是些有利可图的案件。衡平法院大法官在英国处于收入最高的行列。

《荒凉山庄》对缺陷严重、尽管已在改革的法律制度进行了有力的、尽管有些姗姗来迟的讽刺，但是想要研究 19 世纪英国衡平法法院的人不会花时间来阅读《荒凉山庄》，因为有更加完整、更加冷静的数据来源。狄更斯的小说不像荷马史诗或古斯堪的纳维亚语的传奇，后者是我们了解有关它们社会中法律制度的主要知识来源。如果只是看作对衡平法法院的描写和批判，那么《荒凉山庄》就只是一个半世纪之前小说化的新闻报道；并且尽管作者对不公正有着敏锐的感觉，他却不是一个实际的改革者。[24]尽管狄更斯敏感

---

〔22〕 即命令违反合同的人履行合同，如果不履行则会被判蔑视法庭，所以实际履行的命令是一种禁止令状（injunction）。

〔23〕 John H. Langbein, “Fact Finding in the English Court of Chancery: A Rebuttal,” 83 *Yale Law Journal* 1620, 1629 (1974). 但是这到 1851 年时已经发生了变化（请看 George W. Keeton 和 L. A. Sheridan, *Equity* 73 – 74 [1969]）—— 《荒凉山庄》中所描述的很多衡平法法院滥用职权的行为也一样发生了变化。

〔24〕 George Orwell, “Charles Dickens,” in *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, vol. 1, p. 413 (Sonia Orwell and Ian Angus eds. 1968); Joseph I. Fradin, “Will and Society in *Bleak House*,” in *Critical Essays on Charles Dickens's* Bleak House 40, 63 (Eliot L. Gilbert ed. 1989); Robert A. Donovan, “Structure and Idea in Bleak House,” 29 *Journal of English Literary Theory* 175 (1962).

地了解世界上的大量邪恶，并且毫不清静无为或听天由命，但他没有为减少这些邪恶提出自己的意见。衡平法院的延误和费用使他特别忧伤，但是他看起来是把这些事情作为自然秩序的一部分接受了下来了；他是警告读者不要落进这个法院的魔掌里，而不是在努力使这些魔掌不那样残暴。

143 同《威尼斯商人》和《一报还一报》勾画衡平法理时使用的美好色调相比，《荒凉山庄》对衡平法的负面描写特别引人注目。衡平法院大法官的管辖权——即英国最初的衡平管辖权——出现在中世纪，是对普通法法院的僵化和过度技术化的反应，普通法法院像很多原始裁判者一样，在很多种类的案件中无法给出实质正义。即使是用欺诈手段取得的合同，它们也会强制执行；它们不能保护儿童和精神病人的法律权利；它们没有供诉讼当事人用于在审前开示基本事实的程序；它们无法禁止诉讼当事人提起一系列不必要的诉讼来消耗对手。巴德尔诉匹克威克案说明，普通法程序的奇怪缺陷一直延续到了19世纪。

衡平法院大法官们最初是神职人员（比如托马斯·贝克特［Thomas à Becket］和红衣主教沃尔西［Cardinal Wolsey］），他们按照良知而不是严格的法律形式来司法。后来，衡平法理的规则和救济，即衡平法院大法官们所发展的法理，被以衡平法法院的形式制度化了。鲍西娅象征的就是衡平法精神。狄更斯在《荒凉山庄》中如此有效利用的讽刺就是，良知的法院变成了滥用法律最糟糕的例子，这使它成为那些相信制度会使人们与生俱来的善消失殆尽的道学家（这非常符合浪漫主义运动的精神）的完美靶子。但是，律师们可能想指出，衡平法的优点同时也是它的弱点，就像普通法的弱点也同时是它的优点一样。这就是规则与裁量之间由来已久的两难选择。衡平出现的时候是一种真正自由裁量的管辖权。这后来证明是让人无法忍受的，于是衡平法规则出现了；尽管如此，衡平法程序相比之下仍旧是非形式的，其最终的结果是极端的拖沓和不确定

性。普通法程序充满了枝杈和陷阱，但它至少步伐比较迅速。这种基本的两难选择可能是无法避免的。

华莱士·斯蒂文斯

像卡夫卡一样，斯蒂文斯是一位律师，而且实际上两个人都做保险法。卡夫卡常把法律写进自己的小说；斯蒂文斯则从来没有把法律写进自己的诗中。在法学教授托马斯·格雷写了一部关于斯蒂文斯的著作之前，没有人想到过斯蒂文斯的诗同他作为律师和总裁的“日间工作”之间有任何联系。[25] 144

格雷论证说，法律思想在两个不现实的极端（认为法律结论是从可靠的一般原则推演而来的“官方”立场，以及认为法律实际上就是政治的“反对”战线）之间摇摆不定，并且斯蒂文斯在自己的诗中是“一位治疗学家，专门治疗二元思维所具有的习惯性的、制度性的僵化”，而恰恰是这种二元思维造成了这种摇摆不定（页7）。我同意第一点；认为法理学的问题就是法律完全是逻辑或完全是政治、完全是《法律对立表》的左手一方或右手一方，这种观点很愚蠢。我也同意，那些认为在把法官理解为诗人（他们更愿意这样）或把法官理解为经济学家二者之间必须作出选择的“法律与文

---

〔25〕 Thomas C. Grey, *The Wallace Stevens Case: Law and the Practice of Poetry* (1991). 很少有短诗把法律当作对象。一个值得注意的例外是劳伦斯·约瑟夫（Lawrence Joseph）的诗歌，他像斯蒂文斯一样是一个受过训练的专业律师，但是他同史蒂文斯不同的地方是，他用法律当作自己诗歌的对象。请看 David A. Skeel, "Practicing Poetry, Teaching Law," 92 *Michigan Law Review* 1754 (1994)，评论的是 Lawrence Joseph, *Before Our Eyes* (1993).

学”学者完全接受了一种可贵但毫不相干的唯美主义。[26] 我也同意格雷的观点，即，在斯蒂文斯是一个“哲学化”诗人的意义上，他的哲学是实用主义，并且这使格雷在斯蒂文斯和奥利弗·温德尔·霍姆斯之间发现了很多类似之处。但有一点我不同意，即认为斯蒂文斯的诗能够有效地纠正格雷正确指控法理学的主要学派和人物具有的那种严格二分的思考方式。

在《使用隐喻的动机》（*The Motive for Metaphor*）[27]中，斯蒂文斯对比了隐喻的世界（“朦胧的月沐浴着朦胧的世界／沐浴着永远不能表达的万物”）和我们今天所称的“真实”世界：“铁石一样的暗示……／这个生气勃勃的、傲慢的、致命的、居高临下的 X。”这个代数符号是对非比喻的、没有个性的、有效率的、葛擂硬式“底线”取向的有效比喻，这种取向刻画了“正午／存在的 ABC／讨厌的脾气、红蓝色的／锤子，艰难的音响”构成的世界。格雷认为，斯蒂文斯是把诗人同铁石心肠的、讲求实际的、果断的律师进行对比，因为律师鄙弃模糊和隐喻，并且，用霍姆斯著名的话说，律师“想事情，而不是想词语”（并且我们也可能在这里想起霍姆斯的格言，即法律是思考者的行业，而不是诗人的行业）。如果这样解读，那么这首诗“清晰地分开了——就像斯蒂文斯在他的生活中做的一样，也像波斯纳法官［在《法律与文学》第 1 版中］告诉我们应该在法律学术中做的一样——诗歌的范畴和法律的范畴”（页 59）。

格雷认为，如果我们仔细阅读，那么这首诗是想模糊比喻世界与真实世界之间的二分对立。比如，他注意到，尽管春天作为一个

145

[26] “在战略上，接受心灵和头脑之间的分离并且在随之［比如，同法和经济学运动之间］发生的党派之争中同心灵站在一边，这会使自己降级到边缘化的、周末的、业余时间的身份——也就会失败。”Grey，上注〔25〕，页 89。

[27] *The Collected Poems of Wallace Stevens* 288 (1955).

过度的季节是对诗歌和比喻的那种细微的、尝试性的、难以捉摸的(也是引经据典的)世界的很好比喻，但斯蒂文斯不是像读者预期的那样选择夏季，而是选择了一个只持续一秒钟、并且在每一个季节都发生的时刻——正午——来象征平凡现实中的清晰世界。格雷进一步论证，隐喻世界同行动世界之间的对比被这首诗开篇的两行(“你喜欢秋日树下的它，/因为万物都半生不死”)进一步模糊了，因为这两行诗在描述隐喻世界时具有平直、清晰和精确的特征，这不是斯蒂文斯的风格。格雷得出结论说，斯蒂文斯是在否认比喻世界全都梦一样的朦胧，或否认真实世界都棱角分明的、雄性的清晰(这是亨利·维尔科克斯眼中的生活)。两者都是坚硬和柔软、清晰和模糊、雄性和雌性之间的混合物。“[对这首诗的]基本解读把《使用隐喻的动机》看作是在警告一种危险，即律师把他们的对象过多地置于文学的树影婆娑、天高云淡的模糊世界之中，过少地置于正午汗水和暴力的残酷熔炉之中。次要的解读，也就是斯蒂文斯在几乎成功地抵抗了我们的智识之后让我们听到的解读，是在警告与此相对的法理危险”(页64)。

格雷把“正午”、“讨厌的脾气”、“铁一样的暗示”、“X”等构成的世界同法律联系起来，比如他说“所以‘铁一样的暗示’把法律的两个方面并列到了一起：它明确的坚硬……以及它在想像力面前的弹性”(页67)，对于这些，我是怀疑的。斯蒂文斯的文本缺乏《霍华德别业》中的那些线索，让我们能够把亨利·维尔科克斯反对允许海伦在霍华德别业过夜的论证解读为法条主义，斯蒂文斯的文本中也没有把这些论证变成批评法律感受力的那个场景。当然，斯蒂文斯是个律师，但是人们可以扮演多重角色而让它们之间相互隔绝。[28]格雷自己也承认，实际上也强调了，斯蒂文斯成功地

[28] Erving Goffman, *The Presentations of Self in Everyday Life* (1959).

分离了法律执业同诗歌写作。[29]

因为诗歌是一种比喻的媒体，所以它作出的任何“陈述”都很可能是用比喻的辞藻表达的。而且，因为新鲜的比喻意味着要把并不相似的词语联系到一起，所以它很容易会被当作反讽，就像新批评论者们所做的那样，对他们来讲，反讽是他们最为崇拜的那些诗歌的一个普遍特征。但是，这让我们更加了解的是诗歌而不是法律。格雷用来证明日常现实具有逃避不掉的比喻特征的那些具体例子并不让人信服，一个例子就是用正午代替夏季（或者冬季）来表示现实。“夏季”这个词有着复杂的意涵；“正午”会直接让我们想到太阳的明亮，[30] 这样也补充了斯蒂文斯在下一个诗节中延伸真实世界的形象时所使用的“粗糙的音响”和“锐利的光线”。

146

我怀疑《使用隐喻的动机》会让法官、律师或者法学院学生觉得法理学中的“二元思维”不恰当。如果斯蒂文斯能够成功地把法律执业同诗歌分离开来，那么我们是不是应该认为他的读者这么做时就没有那么成功？阅读诗歌难道不可能是法律执业或者法律写作之余的调剂，而一定是专业上的指引？但是律师有可能从研究华莱士·斯蒂文斯的诗歌中取得一些专业效用，这仅仅是因为他的诗精练难懂；这也是为什么读者（就像格雷一样）会被吸引，想从诗人的传记中寻找辅助理解的材料。阅读斯蒂文斯的诗要求读者不但要仔细注意每一个单词，而且要考虑在何种程度上能够从文本本身之外的资料里（比如“立法历史”）适当地寻找理解其意义的指引，并且要使用斯蒂文斯期待读者在阅读他的诗歌时所具有的语言学和文化能力。要成为一名好律师，我们必须首先是一个细致的、资源

[29] 但是这个结论受到了质疑。请看 David A. Skeel, Jr., "Notes toward an Aesthetics of Legal Pragmatism," 78 *Cornell Law Review* 84, 94–104 (1992).

[30] 这也是为什么阿瑟·凯斯特勒的《正午的黑暗》的题目是如此地醒目，甚至对没有意识到所暗指的耶稣被钉死在十字架上这个典故的那些读者来说也是这样。

丰富的读者，所以潜心诗歌和其他难懂的虚构文学作品并不是为学习法律所做的最差准备。

法官们假装自己能够找到合同、制定法、遗嘱、宪法规定以及其他法律规则和文件的“惟一”正确含义，我一直怀疑他们在这个过程中使用的所谓“阐释规则”；作为我这种怀疑的一部分，我很久以来就批评一个原则是不现实的：一部制定法或合同或其他法律规则或文件的读者，应该假定每个含义放到那里都是有目的的——不存在废话、前后不一贯、错误或者离题。通过自己努力挣扎着解读格雷讨论的华莱士·斯蒂文斯的诗歌，我现在看到了，看待这个原则还存在着另外的、更加赞许的角度：即把它作为一剂良药，治疗草率、粗心、懒惰的阅读。如果我们假定每个词语写在那里都是有目的的，我们就会阅读和思考——每一个词，就像一个好的诗歌老师会引导我们去做的那样。只有当这种解读原则从一个方法变成一条运算法则时，批评它不现实和引人误解才更为恰当

147

▼
▼
▼
第五章

对法律不公正的文学控诉

148 在这一章中我将集中讨论《比利·巴德》和《卡拉马佐夫兄弟》——尽管我也会较为简要地讨论其他几部文学作品——以及当代法律思想中浪漫主义的和新浪漫主义的、包括尼采式的思潮。我的出发点是理查德·维斯堡的《语词的失败》（*The Failure of the Word*）。[1] 维斯堡——一位曾经是文学教授的法学教授——使用了文学批评和法律推理两种方法，试图证明律师的知识可以怎样丰富我们对这类小说的理解，以及批评者对这些小说的知识可以怎样丰富我们对法律的理解。

法律和愤懑

维斯堡的中心主题是“愤懑”（ressentiment）。这个词的流行是因为尼采，[2]它的意思是天生柔弱者对天生强壮者的愤恨和嫉妒。

[1] Weisberg, *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction* (1984). 除非另外写明，本章中所提到的页码都是指维斯堡的书。

[2] 请看，例如，Friedrich Nietzsche, *On the Genealogy of Morals* 73－75 (II.11), 121－129 (III.14－16) (Walter Kaufmann and R. J. Hollingdale trans. 1967).

弱者用编织概念罗网的方法战胜了强者——强者对某些形式的进攻极为脆弱，因为强者开放、信赖别人、不够敏锐、实际上不怎么思考。弱者编织的三个最为重要的罗网是基督教、法条主义以及把经验变成语词（而语词篡改了经验）。[3] 后两个罗网是维斯堡自己对尼采主题的发展，但是我们有必要在这里停留一下，看看尼采自己是怎样把愤懑同法律联系起来的。他把问题的两个方面都讲到了。尼采同维斯堡较为类似的一面总结在下面这个句子里："并且当他们说'我是正义的'时，听起来总是像在说'我是正义的——我刚刚复过仇了'。"[4] 作为一种弱者和失败者培养气氛、计划复仇的怨恨情绪，愤懑在心理学范畴中的位置就像复仇本身在行为范畴中的位置一样；像复仇者一样，想要维护自己法律权利的人因为愤懑而变得畸形。因此夏洛克体现了愤懑。（就像我们在第2章中看到的，按照维斯堡的观点，哈姆莱特也一样。）超人是在嫉妒之上的，不会注意别人的怠慢，因此，复仇甚或法律对他们来说都是没有用的。但是，在其他地方，尼采把法律描述为一种超越愤懑的努力——实际上他把法律描述为愤懑、复仇情绪甚至良心（这种官能是尼采鄙视的）的替代物——而不是把法律描述为对愤懑的表达。[5] 如果第2章的分析有道理，那么尼采在法律和复仇之间感觉到的那种替代关系就是正确的。

维斯堡有效地强调了《罪与罚》、《陌生人》以及《审判》这类

---

〔3〕维斯堡标题中的"语词"具有讽刺意味地呼应着圣·约翰（《论道》[*Logos*]）《福音书》中基督教的"福音"（Word）。关于维斯堡把法条主义等同于宗教，请看他的书第116页。

〔4〕Friedrich Nietzsche, *Thus Spoke Zarathustra: A Book for All and None* 95 (Pt.II) (Walter Kaufmann trans. 1966). 这个翻译是让人迷惑的译出一个双关语的努力。德语是：*Und wenn sie sagen: "ich bin gerecht," so klingt es immer gleich wie: "ich bin gerächt."* *Recht* 意思是正义，*Rache* 是复仇。

〔5〕Nietzsche，上注〔2〕，页73－76（II.11）。

著作的美国读者可能忽视的、在英美法和大陆法刑事程序之间存在的区别。大陆法的预审法官或调查法官同犯罪嫌疑人或被告人之间的关系不同于英美法刑事司法体系中的任何关系——大陆法的关系更加密切、更具家长作风、更侵犯隐私、更少结构性、更少对抗性。[6] 就像维斯堡解释的，这种关系提供了一个可以用来探索人物性格的方便媒介，但是他并没有继续坚持这一洞识的隐含意义。具体地说，他没有考虑这样一种可能性，即大陆法小说中的刑事调查可能是要展示人物性格而不是要批评法律。

维斯堡身上的律师特征的另外一次强力介入出现在对《比利·巴德》的讨论中。他声称，对比利·巴德进行的战地军法审判和执行死刑有着严重的程序和实体错误，他说，这些错误不可能是梅尔维尔的错误，因为梅尔维尔尽管不是一名律师，但谙熟海洋法。然而，如果说《比利·巴德》中确实存在法律错误的话（这个问题我稍后讨论），那么还是很难确定梅尔维尔是否意识到了这些错误。尽管1842年以后他曾在一艘美国军舰上服役14个月，并且对于海军纪律长期有兴趣，但是他对于18世纪的英国法律可能知之甚少，并且尽管《比利·巴德》写作于1888年和1891年间，却以1797年的英国海军作为背景。不管怎样，因为梅尔维尔写作的是一部中篇小说而不是一篇法律评论文章，所以他可能会因为文学的原因而牺牲了法律的精确。[7]《比利·巴德》的文本中没有任何东西会让一个外行读者意识到比利所受的军法审判和死刑会有法律上的错误，甚至阅读这部书的律师（而它不是主要写给律师看的）也不会发现

---

〔6〕这种对比不应该被过度夸张：《卡拉马佐夫兄弟》中的法律程序类似于现代英国或美国的审判，而像我在上一章中指出的，英国的衡平法程序类似于大陆法程序。

〔7〕梅尔维尔在自己的小说里常常对事实采取一种非常自由的态度。请看，例如，编者的 "Explanatory Notes," in Herman Melville, *Omoo: A Narrative of Adventures in the South Seas* 341–348 (Harrison Hayford and Walter Blair eds. 1969). 我们知道在小说中会这样。

任何这样的线索，除非他碰巧是个古董癖。维斯堡脱离了适当的参照系。

当维斯堡认为哈姆莱特嫉妒克劳狄斯时，他也犯了同样的错误。但这里并不只是特异性格的问题。作者看起来不愿意或者不能写到结尾的作品会吸引读者协同作者一起创造含义。这种诱惑人的开放性是很多文学作品的特征，这是时间检验的一个暗示，并且《哈姆莱特》和《比利·巴德》二者都是例证。但是，当对文学不确定性的强调被推到每部文学作品都成了一次罗夏墨迹测试的程度时，文学批评就变成了只见树木不见森林。我们会看到，维斯堡从《比利·巴德》中所拉出的东西正是他所放进去的东西。他应该跳过掮客，直接陈述自己的观点。

150

维斯堡的主要观点是，法条主义或者形式主义的法律观念，比如《一报还一报》中安哲鲁的观念，会鼓励不正义——实际上，会直接导致纳粹对欧洲犹太人的大屠杀。充满着愤懑的夏洛克是不正义的法条主义的完美体现，但是维斯堡绕开了他，因为夏洛克会使维斯堡努力在愤懑和反犹主义之间建立起来的联系变得模糊。法条主义的思维习惯确实会让人恼怒，并且会导致不正义，或者在更为通常的情况下，会让人对不正义视而不见。但是，如果认为它会鼓励种族清洗，那就过于出格，就必须要有证据了，但是几乎没有什么证据来支持这一点，相反的论点倒是可以用维斯堡自己对《比利·巴德》的分析予以论证。因为，如果他关于18世纪英国海军法律的观点是正确的，那么只要威尔舰长是个坚持法律精确的人，比利·巴德就不会被处死（至少不会这么快）。并且请回忆我在上一章中说过的，法条主义是贱民的朋友。而且，欧洲预审法官那种迂回曲折的风格所例证的并不是法律的技术细节，而是非正式的自由裁量程序所具有的权力。像美国一样的那种刑事司法体系在刑事嫌疑犯周围布置了更大的保护（其中很多是条文主义的保护），会使《罪与罚》中的预审法官更难推动拉斯科尔尼科夫进行供述，也会使

《陌生人》中的陪审团更难定米赫索的罪。

文学和法律中的浪漫主义价值观

151 愤懑概念的背后隐藏着两种人之间的对立——“自然的”人，以及“社会的”或“文明的”人（即尼采认为的充满怨恨的人）。第一种人的原型是阿基琉斯，他们是英雄式的个人，他们热爱个人荣誉，对社区的要求漠不关心，这使他们同顺从遵守集体规范生活的普通民众处在一条相互冲突的道路上。尽管阿基琉斯自己表达了对英雄规则的怀疑，但是《伊利亚特》中的社会要求很弱。他把自己的荣誉完全置于希腊在特洛伊战争的成败之上，这一点被描写得令人钦佩而不是被描写成背叛行为。[8]希腊和伊丽莎白时代的悲剧用对于社会要求的清晰理解来调和对个人主义的崇拜（《被缚的普罗米修斯》[*Prometheus Bound*]和《帖木耳大帝》[*Tamburlaine the Great*]可能是例外），并且常常把伟大的主人公描写得十分邪恶（麦克白）、受尽蒙骗（俄狄浦斯、李尔、勃鲁托斯、奥赛罗）或者当初不够成熟（哈姆莱特）。在《李尔王》中的爱德蒙身上，过度个人主义表现得特别生动。在基督教文学作品当中，比如《神曲》和《失乐园》，伟大人物常常被分配到地狱，社会美德（即尼采所称的群居本能或奴隶道德）则受到了最为有力的文学褒扬。[9]

---

[8] 关于阿基琉斯作为尼采的“金发碧眼的野兽，”请看 W. Thomas MacCary, *Childlike Achilles: Ontogeny and Phylogeny in the Iliad* 249 (1982).

[9] C. S. Lewis, *A Preface to Paradise Lost*, ch.11 (1942).关于弥尔顿（Milton）把撒旦作为颠倒过来的史诗英雄，请看 John M. Steadman, *Milton and the Renaissance Hero* (1967)。关于文艺复兴对英雄主义的模棱两可的态度（例证是马洛的戏剧），请看 *Concepts of the Hero in the Middle Ages and the Renaissance* (Norman T. Burns and Christopher J. Reagan eds. 1975).

《帖木耳大帝》的第一部分描写了一个永不屈服的意志的胜利，这种意志使一个锡西厄的牧童达到了权力顶峰。帖木耳对自己刚刚在战争中战胜的波斯国王解释了自己的哲学（第二幕第七场，行12－29）：

对王权的渴望和皇冠的甜美，
引得天之长子
将其老糊涂的父亲推下宝座，
并把他自己放在天国，
促使我对你的国家动武，
有比朱庇特主神更好的先例吗？
大自然用四种元素造就了我们
它们在我们胸中相互战争争夺统治，
这确实教导我们所有人要有雄心壮志。
我们的灵魂，其官能可以理解
世界的奇妙建构，
并测度每一个行星的轨迹，
却仍然在无限的知识后面亦步亦趋，
并且像永不停息的天体一样总是运动，
驱使我们劳累自己，永不停息，
直到我们取得了最成熟的果实，
那完美的福佑和独一无二的幸福，
即尘世王冠的甜美果实。

帖木耳的“先例”是成功的反叛，而他的目标是拥有尘世的而不是天国的王冠，这是一种既亵渎神灵又具颠覆性的目标。“我们所有人”都可以立志得到尘世的王冠，这个暗示是对国王神权的迎头一击。也请注意帖木耳是怎样把自豪和世俗的野心同科学好奇心和科

152

学知识的生长联系起来的。他的形象是一个控制着自己命运，而不是接受自己在等级森严的世界中的位置的人。即使在《帖木耳大帝》的第二部分中帖木耳的临终时刻，他也没有表现出自己意识到了人力的局限。

马洛有关自负的另外一部伟大戏剧《浮士德博士》中的主人公开始时像帖木耳一样自信、有抱负。但是，像麦克白一样，他死的时候变得更为明智了，因为他发现了现实（包括相互对抗的意志这个社会现实）对人类想像之改革努力的反抗。麦克白在那些怪诞姐妹的帮助下，浮士德在摩菲斯特的帮助下，两个人都得到了自己要求的大部分东西，但都不是他们想要的东西。他们之间的区别是，浮士德渴求性自由、科学知识（尽管混合着魔法）以及对环境的控制力，这使他成为一个比篡权者、谋杀者、僭主麦克白更具有鲜明现代性的人物。

作者意图《浮士德博士》的观众对魔鬼契约采取正统的基督教观点，或者想让观众赞同浮士德的普罗米修斯似的抱负，这个问题争论颇多。[10]对于浮士德所做的最好概括可能是罗伯特·波特（Robert Potter）的概括："壮丽的邪恶"。[11]通过同撒旦达成的契约，浮士德企图取消上帝对人类志向所施加的限制；当他在强力迫使下认识到这些限制时，浮士德即使受到诅咒也不愿向它们屈服。

153 帖木耳的"雄心壮志"演讲可用作一篇浪漫主义宣言，只是浪

---

〔10〕 Wilber Sanders, *The Dramatist and the Received Idea: Studies in the Plays of Marlowe and Shakespeare*, ch.11（1968）. 在 *Three Philosophical Poets: Lucretius, Dante, and Goethe* 133－135（1910）中，乔治·珊塔亚纳（George Santayana）论证说，马洛的戏剧标志着开始恢复浮士德这个人物的形象，这个过程在歌德的《浮士德》的第 II 部分达到了顶点。也请看 Ian Watt, *Myths of Modern Individualism: Faust, Don Quixote, Don Juan, Robinson Crusoe*, ch.2（1996）.

〔11〕 Potter, *The English Morality Play: Origins, History and Influence of a Dramatic Tradition* 128（1975）.

漫主义者没有那种文艺复兴时代对于科学的热心。威廉·布莱克认为撒旦是《失乐园》的真正英雄，他颠覆了传统价值观，就像马洛的帖木耳曾经做过的、以及尼采会做的一样。自然的人是好的，社会和宗教是邪恶的，就像布莱克在《爱的乐园》（*The Garden of Love*）中解释的那样：

> 我只好转向爱的乐园……
> 那里曾有无数美丽鲜花开放，
> 映入眼帘的却是遍地坟茔，
> 墓碑取代了鲜花林立；
> 黑袍牧师们蜿蜒绕行，
> 用荆棘捆绑着我的欢乐和欲望。

尽管“浪漫主义”这个词要使用得有点精确的话，就应仅仅指18世纪晚期和19世纪早期的一簇文学、艺术和哲学的运动，[12]但是浪漫的冲动或秉性却是人类最为基本的情绪之一。[13]它是童年无拘无束的自我中心主义的表达、反思或残余，是孩子的美丽和纯真，是伴随着成长出现的那种失落感，是那种失落感产生的对逝去青春的无限怀念。交叉学科的学术（本书即是）在我所概括的那种广义上是浪漫的，因为这种学术拒不接受马克斯·韦伯（Max We-

〔12〕 Arthur O. Lovejoy, *English Romantic Poets: Modern Essays in Criticism* 3（M. H. Abrams ed.2d ed. 1975）.即使在受了这样的限定之后，这个词组还是掩盖了极大的多样性。拜伦或者斯汤达的浪漫主义要比雪莱的浪漫主义更为现实。我在下面一般会忽略这些细微差别。卢梭是我将在下面使用的意义上的浪漫主义的最为一贯的支持者。

〔13〕 关于同20世纪新浪漫主义诗人、特别是叶芝之间的连续性所进行的很好的讨论，请看 George Bornstein, *Transformations of Romanticism in Yeats, Eliot, and Stevens*（1976），特别是第1和第2章。也请看 Frank Kermode, *Romantic Image*（1957）.我使用“浪漫主义”（Romantic）这个词来指那场运动，“浪漫（主义）的”（romantic）来指那种情绪。

ber）的警句，即“在现代世界里，要作出任何有价值工作的一个条件就是要局限在专门工作中，同时要放弃它所包含的浮士德式的人类无所不能的追求。”[14]

对浪漫主义冲动的较早摒弃可以在奥德修斯讲述的一个虚假生平故事中找到。奥德修斯在20年的战争和流浪后装扮成一个乞丐刚刚返回伊萨卡，这个故事是奥德修斯在《奥德赛》第14卷中（行199－359）讲给他的猪倌欧迈俄斯（Eumaeus）听的。他出生于克里特岛——开始讲故事了——是一个有很多合法儿子的富有男人的私生子。父亲尊重他就像尊重他的其他同父异母兄弟一样。但是，父亲去世时，这些傲慢的儿子分割了他的财产，只分给了叙事人很少的财产。尽管如此，他仍然能够从一个富人家庭得到一位妻子，因为他很勇敢——他善于伏击，喜欢对逃敌斩尽杀绝，等等。（他在这里停下来说，如果欧迈俄斯仔细看他，他就会看到他从前的影子。）他在战场上是这样，但农耕和内务管理不是他所擅长。他的世界是船只和战役这些东西的世界，而这些东西是别人害怕的。在特洛伊战争之前，他领军对外国人进行了9次海上袭击，得到了很多战利品，并且赢得了他克里特岛同胞的敬畏和敬重。

然后宙斯命令进行了那次可怕的征程，叙事人将其称作特洛伊战争，有很多人毙命。人们不断催促叙事人和伊多梅纽斯（Idomeneus）带领船只去特洛伊，后者在《伊利亚特》中是希腊联军中克里特军团的首领。这场战争在所难免，因为公众意见的判决变得如此严厉。在攻陷特洛伊之后，叙事人设法回到家里，但他只待了一个月，然后他的精神就使他航行去了尼罗河。他抛锚停船后派了一些人作为探子，命令其他人守候在船边。但这些人趾高气扬，过于相信自己的力量，劫掠了埃及人的田地。埃及人从他们的

154

[14] Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* 180 (Talcott Parsons trans. 1958).

城镇出发，击溃了克里特人，只饶过了叙事人（他在这个地方中断了故事，说，“我真该死在埃及！”）。他紧紧抱住和亲吻了埃及国王的膝盖进行哀求，国王怜悯了他，挡开了愤怒的老百姓。

叙事人在埃及呆了7年，取得了财富，但是，在第8年里，他被说服陪同一个奸商去了腓尼基。1年之后，他的庇护人把叙事人和一船货物送去了利比亚，表面上是去贸易，实际上却是想在船到达时把他卖为奴隶。商船在一场暴风雨中沉没了，抱着桅杆漂流了10天之后，叙事人被冲到了帖撒罗尼迦人（Thesprotians）国度的海岸上。他们的统治者费顿（Pheidon）的儿子发现了他，这时他已经折磨得筋疲力尽了；费顿把他领到了自己家里，给他穿上了衣服。费顿请一艘向克里特岛方向航行的商船把叙事人带上。一到陆地的视线之外，船员们就夺走了他的好衣服，给了他乞丐的衣服。商船那天晚上在伊萨卡停泊，船员们在上岸吃饭时把他绑在了船舱里，但他挣脱绳索游到了岸上。

对于这个虚假故事有大量评论，[15] 但都忽视了它的艺术目的。不像有人可能认为的那样，这个故事并非要对比奥德修斯的业绩同叙事人的业绩，以此来夸赞奥德修斯，而是要以适合该诗结局中相对较为现实的背景和事件的措辞来重新讲述奥德修斯的生平、重新解释他的个性，把《奥德赛》的故事和人物带回实际当中。《奥德

155

〔15〕有关最近的讨论，请看 Chris Emlyn - Jones, "True and Lying Tales in the *Odyssey*," 33 *Greece and Rome* 1 (1986); Louise H. Pratt, *Lying and Poetry from Homer to Pindar: Falsehood and Deception in Archaic Greek Poetics* 90 - 91 (1993); Karl Reinhardt, "The Adventures in the Odyssey," in *Reading the Odyssey: Selected Interpretive Essays* 63, 66 - 68 (Seth L. Schein ed. 1996); Frederick Ahl and Hanna M. Roisman, *The Odyssey Re - Formed* 161 - 166 (1996). 很多批评者都认为那个假故事是《奥德赛》中冗长乏味的章节。Ahl 和 Roisman 的书尽管同意那个假故事确实是虚假的，但是对《奥德赛》进行了奇异的解构（或者是我有些多余?），这部书论证说，奥德修斯对费阿刻斯（Phaeacian）王室所讲的有关他离开特洛伊之后的历险故事也是假的，说没有人知道他在那10年里是在什么地方或是在做些什么。

赛》有很多浪漫因素，奥德修斯在特洛伊历险的故事，以及他到达伊萨卡之前的流浪故事都贯穿着这些浪漫因素，但这首诗的趋向却是反浪漫主义的。奥德修斯在该诗开始时拒绝卡吕普索（Calypso）提出的在奥杰吉厄（Ogygia）岛上享乐、奢华和永生的建议，他更愿意要自己的小王位、有限寿命、成年儿子以及中年妻子，这一选择的意义被这样一个事实加强了，即对于奥德修斯来讲，奥杰吉厄岛的田园生活是特洛伊的超人成就以及此后近乎神话的历险（同独眼巨人、同女妖锡西、在死人之境等等）的顶点。奥杰吉厄岛是一种一个人的英烈祠，所以有人可能会认为它是奥德修斯在特洛伊的活动（这些已经变成了传奇和歌曲）以及他之后漂泊的一个合适顶点。尽管如此，奥德修斯还是离开了奥杰吉厄岛。而且这首诗的结尾让他以一个人类层次上的而不是超人层次上的英雄面目出现。他已经被妻子的机智所战胜，而且他穿着乞丐衣服在那些求婚者手中遭受了令人无法忍受的侮辱。他巧妙地干掉了这些求婚者，但他们同奥德修斯在该诗前半部中令人难以置信的敌手相比微不足道，而且，只有在他的儿子和几个忠诚的侍从的帮助下，他才得以获得作为自己的小王国里的复位国王和作为丈夫、儿子和父亲应得的荣誉。我们从中理解到，重新整合进入人类社会，尽管这本身并不是一个英雄式的命运，却是英雄生涯的最佳顶点。

该作多次提及阿伽门农和特洛伊战争中其他英雄的不幸命运也强化了这一教训，奥德修斯“普通平常的”品行也强化了这一点。奥德修斯不是一个普通人，但他也不是希腊英雄中最强大或最高贵的英雄。他仅仅是最聪明的，他的智力，我们今天称为工具理性或实践理性方面的能力，在整个《奥德赛》中都受到强调；而聪明是人类这种动物的定义性特点，这使奥德修斯成为荷马史诗中可能最具代表性的人类形象。

156 奥德修斯从特洛伊返回家乡前的生平故事同那个假故事之间有很多平行之处，尽管后者是一个一般、不安分、失望、倒霉的人

——一个小小的、这时已经一筹莫展的冒险者——的故事。叙事人在特洛伊征战看不出有什么过人之处，而他此后的流浪肯定也是如此。叙事人不是像奥德修斯一样被一位很快就同他堕入爱河的美丽公主（娜乌茜卡）搭救，叙事人是被一位王子救起的；叙事人不是乘坐一艘由魔法王国（沙丽亚）国王提供的自动划桨船回到伊萨卡的，叙事人是被一群抢劫了他的暴徒送走的，而且他必须偷偷摸摸地爬上岸，躲在一片树丛之中。而且他其实并没有到家，按照假故事，他是居住在克里特岛，而不是伊萨卡。作为一个乞丐，叙事人远离家乡束手无策。

因此，这个假故事强调了《奥德赛》中的一个基本趋向，即让奥德修斯变得更为独特，并且（与此相关）更具人性。在开始时，他是个模糊的后台形象，而且，尽管我们知道他活着，但诗中的大多数角色都不知道。当他第一次出现时，他是在吕普索的洞穴里吃着神仙食物的半人半神的人物，然后他以特洛伊战争和那些漂泊中的神话英雄的面目出现。在伊萨卡岛获得重生之后，他同自己的家眷打交道，处理家庭琐事，回忆自己在特洛伊战争前的生平，从而变成了一个更为现实的人类人物，而前面章节中描写的奥德修斯变成了一种记忆。〔16〕

通常，我们可以通过区分最显著的故事和整体的故事来更深入地理解文学作品。在某种意义上，《奥德赛》是有关奥德修斯在特洛伊战争后之业绩的故事，就像《伊利亚特》是关于特洛伊战争的故事，《俄狄浦斯王》是关于俄狄浦斯传奇的故事，《哈姆莱特》是关于哈姆莱特的父亲遭遇谋杀和为他复仇的故事。但是在所有这四

---

〔16〕 请看 Pierre Vidal-Naquet, "Land and Sacrifice in the Odyssey: A Study of Religious and Mythical Meanings," in *Myth, Religion and Society: Structuralist Essays* 80, 83 (R. L. Gordon ed. 1981)（讨论的是"奥德修斯重新返回常态…… ［以及］他对人类状态的有意接受"）; Charles Paul Segal, "The Phaeacians and the Symbolism of Odysseus' Return," *Arion*, Winter 1962, pp. 17, 25, 29 n.〔13〕。

部作品中，最显眼的故事都是整个故事的截断版。[17] 在《奥德赛》中，最显眼的故事是奥德修斯从奥杰吉厄岛返回的故事，而不是他从特洛伊返回的故事。他从西方移到了东方，从长生不死移到了生命有限，从安逸的生活移到了充满斗争的生活，而且他是通过一种流动的媒介（大海）进行移动的，并且在伊萨卡岛的洞穴中象征性地获得了再生。他选择了生命而不是死亡，选择了现实而不是想像，选择了人间而不是天国，选择了工作而不是退休。

157

诗中的一个交叉运动是奥德修斯的儿子忒勒马科斯的成熟过程。在诗歌开始时，父亲和儿子相距无限遥远，他们在空间上的分离象征着第二卷中浅薄的年轻人同特洛伊战争的英雄之间在感情上存在着鸿沟。忒勒马科斯通过一系列历险迅速地成熟起来，就像给欧迈俄斯讲的虚假故事一样，这些历险构成了奥德修斯业绩的一个按比例缩小的版本，同时，奥德修斯被重新定义为一个人类的英雄，这些使父亲和儿子能够作为近似平等的人在诗歌结束时的三代人场面中重新团圆。家庭的延续被描写为除名望（《伊利亚特》当中阿基琉斯的永生方式）和奥德修斯离开奥杰吉厄岛时摒弃的个人长生不死之外的又一种形式的永生。《伊利亚特》的世界和《奥德赛》的世界之间一个值得注意的对比表现在，奥德修斯在访问冥界的过程中给阿基琉斯讲述了这位已死英雄的儿子的功绩，阿基琉斯很高兴。[18]

同《奥德赛》提供的对于超越人类局限之努力的批判性视角形成对比，浪漫主义文学悲叹人们丧失了孩子才拥有的那种无限的、甚至超人的感觉。华兹华斯（Wordsworth）的《颂诗：不朽之光属

---

〔17〕 在《俄狄浦斯王》和《哈姆莱特》中都是因为它们是关于发现事实真相的戏剧——在某种意义上是侦探小说的先驱——而且，如果一开始就让受众知道了所发现的恐怖事件，那么它们就会丧失戏剧性和悬念。

〔18〕 "听我言罢，埃阿科斯捷足的后代，他的灵魂，/ 大步离去，穿越开着长春花的草地，/ 高兴地听完我的话，关于他的儿子，嘹响的名声"（14.612－616）。（中译文引自，陈中梅译，《奥德赛》，北京燕山出版社，1999 年，页 192－193。——译者）

少年》告诉我们说：

> 降生之初，我们只是沉睡与遗忘；
> 共我们升起来的灵魂，生命之星，
> 已经沉落在别的地方，
> 现在从远方归省：
> 不是全然湮没在遗忘，
> 又非赤裸裸了了分明。
> 曳着光辉云彩，我们从天帝那儿来，
> 那是我们家园的所在：
> 孩提时日，我们的周围就是天堂，
> 随后那牢笼的阴影，便开始蔽障
> 处在成长过程的少年……
>
> 你啊，你的外在形象、不相称
> 你博大的灵魂；
> 你拔萃之圣，保存着前人遗产，
> 众人昏昏之际，唯有你最清醒……
>
> 睿智福星！先知圣人！
> 至理汇集于你一身，
> 我们却曾经终生踦踦探寻不停。*

这是壮丽的诗篇，尽管表面的含义很可笑，6岁的孩子并不具有我们花费毕生时间努力重新获得的那些知识。正确的是，受到良 158

* 中译文引自谢耀文译，《华兹华斯抒情诗选》，译林出版社，1991年，页25、27－28。本书的译者在引用时对原译者的译文稍作调整。——译者

好对待、受到宠爱的孩子，还有一般的年轻人，都拥有生命力与热情、拥有热心与理想、拥有一种天高任鸟飞的感觉——所有这一切都会被年龄和经验逐渐磨平，给一些人留下了一种极深的失落感。“杲杲红日，光焰无匹；／但在何时何地我都知／一种瑰丽已离开人间大地”*：这就是华兹华斯。其他人的想法有所不同。下面是亚里士多德论青年：“他们看到好的一面，而不是坏的一面，因为他们还没有见证过太多邪恶的例子。他们轻易相信别人，因为他们常常还没有受到欺骗。他们很乐观……［因为］他们还没有遭遇过太多失望……［他们］热切的秉性会防止恐惧，而他们充满希望的性情创造了自信……他们有着高贵的观念……他们认为自己懂得所有的事情，并且对这一点总是十分自信。”[19]

浪漫主义诗人对孩子的崇拜导致了他们摒弃制度化基督教及其原罪原则，[20] 也导致了摒弃自然科学，这是因为它们都是现实主义的；还导致了摒弃经济学，因为它强调制约——这种强调在马尔萨斯时代特别显著，而这个时代同浪漫主义时代是重合的。浪漫主义把神性的特征从上帝转移到了人类身上，而且，这样做就提供了这样的希望，即人类（像上帝一样）可以通过一次想像行为创造自

---

* 中译文引自上注引书，页28。——译者

［19］ Aristotle, *Rhetoric*, vol.2, ch.12, in *The Complete Works of Aristotle*, vol.2, pp.2213－2214（Jonathan Barnes ed.1984）（W. Rhys Roberts trans）（1389a－1389b）.下面的文章呼应了亚里士多德的观点，Michael Oakeshott, “On Being Conservative,” 载于他的书 *Rationalism in Politics and Other Essays* 168, 195（1962）：“每个人年轻的日子都是一个梦，是快乐的疯狂、是甜蜜的唯我主义。他们身上没有任何东西具有确定的形状，没有任何东西有确定的价格；所有的事情都具有可能性，并且我们幸福地寅吃卯粮。没有需要遵守的义务；没有需要记下的怨恨。没有任何事情要事先确定；所有的一切都听其自然。世界是一面镜子，我们在其中寻找我们自身愿望的影子。”

［20］ 制度化的基督教这个限制很重要。浪漫主义同基督教（以及马克思主义）一样都希望超越平常的人类状态（尽管方式不同），而这在《奥德赛》的视角中却是异质的。

己的现实。浪漫主义的教导是，自然的人，即孩子的精神，是好的，充满了潜在力量，但被制度、被“体系”腐蚀和削弱了，制度和体系是成年人、老道的人、玩世不恭的人、老于世故的人的领域，就好像成熟和变老是社会现象，而不是个人和生物现象一样。

尼采憎恶浪漫主义，但在一般意义上他又是浪漫主义的，他“把征服命运、控制自然和实现自由的现代愿望上升到了新的高度。”[21]他的“一贯倾向很清楚：他总是赞成独行人、反对群体，赞成天才、反对正义，赞成仁慈、反对赏罚分明；他喜欢灵感，而不是规则之治和专业能力，喜欢所有形式的英雄主义，而不是所有‘人性的、太人性的’东西。”[22]

通过彻底攻击基督教和发明基督教的犹太人，尼采放大了浪漫主义对一般制度以及对具体的组织化的基督教的仇视：

> 教士是[“强有力的肉体，活跃、丰富、甚至横溢的健康，起到保存作用的东西：战争、冒险、狩猎、舞蹈、战争游戏，以及所有那些一般包含着精力充沛的、自由的欢乐行为的事物”的]最为邪恶的敌人——但是为什么？因为他们是最无力的。正因为他们无力，怨恨才在他们的体内生长到恐怖离奇的程度，成长为那种最具精神性的、最具毒害性的仇恨[请对比布莱克的《爱的乐园》]。世界历史上真正实足的憎恨者一直都是教士……这个世界对“高贵的人”、“有权力的人”、“控制者”、“统治者”所做过的一切，同犹太人对他们所做的事情比起来都微不足道；犹太人这个教士民族，在反对自己的敌人和征服者时不会完全满足，除非他们对自己敌人的价值观进行了根本上的重新评价，也就是一种最具精神性的复仇行为……道德中的奴隶反抗是从犹太人那里开

[21] Peter Berkowitz, *Nietzsche: The Ethics of an Immoralist* 2 (1995).

[22] J. P. Stern, *A Study of Nietzsche* 127 (1979).

始的；这一反抗的背后有着两千年的历史，而我们现在却看不到它了——因为它已经胜利了。[23]

这个段落并没有让我们看到尼采对犹太人的态度全部，因为我们必须同时看到他热情偏爱犹太人、[24]同时抨击反犹主义和德国民族主义（实际上是反对德国人，仅此而已）的段落。尼采确实使"超人"这个词流行起来了，尽管这个词不是他创造的，但这个词在纳粹种族理论中将扮演如此之大的角色。他并没有在种族意义上使用这个词，也就是说，他并不认为存在着一个超人种族，他也没有把不是超人的人称为"劣等人"。只在很少的情况下——但是这个限定我们应该注意——他才以赞同的态度说起奴隶制或种族的纯粹。[25]尼采的作品中看起来恶毒的东西中很多，可能大多数

160

〔23〕 Nietzsche，上注〔2〕，页 33 – 34（1.7）。也请看同书，页 35（1.8）。

〔24〕 有关一些例子，请看 *Beyond Good and Evil：Prelude to a Philosophy of the Future* 185 – 189（§§250、251）（Walter Kaufmann trans.1966）；*Daybreak：Thoughts on the Prejudices of Morality* 124 – 125（§205）（R. J. Hollingdale trans.1982）；*Human，All Too Human：A Book for Free Spirits* 228 – 229（§475）（Marion Faber trans.1984）；*Joyful Wisdom* 288 – 289（§348）（Thomas Common trans. 1960）.但是，在《超越善恶》（*Beyond Good and Evil*）（§195）中，尼采再一次说犹太人是"一个'生来就是为了做奴隶'的民族"（这是在赞同地引用塔西佗［Tacitus］的话），并且再一次说"他们标志着道德中奴隶起义的开端"（页 108）。在 *Daybreak* 中，他说（§377），"'爱你的敌人'这个神旨一定是犹太人发明的，因为他们是自古以来最佳的憎恨者"（页 170）。

〔25〕 Walter Kaufmann，*Nietzsche：Philosopher，Psychologist，Antichrist*，chs.10 – 11（4th ed.1974）；Richard Schacht，*Nietzsche*，ch.7（1983）。但是，在 *Daybreak*，上注〔24〕，页 149（§272）当中，我们读到，"交叉的种族总是同时意味着交叉的文化、交叉的道德观；它们通常更邪恶、更残忍、更不安宁……已经变得纯粹的种族总是变得更强壮和更美丽。"还有，在 *Human，All Too Human*，上注〔24〕，页 211（§439）当中："只有当存在两个社会等级时才会形成更高的文化：工作等级和悠闲等级，后者可以达到真正的安逸；或者，更为强调的表达是，被迫劳动的等级和自由劳动的等级。"关于尼采论及种族主义、剥削以及种族屠杀的例子，请看 Ofelia Schutte，*Beyond Nihilism：Nietsche without Masks*，ch.7（1984）.

都可以在比喻意义上解释为设计用来促进“正面思维”。他是努力使人们“对生活说‘是’”，他使用的办法是鼓励人们打碎传统和习惯的枷锁，不要再当懦夫和弱者，培养一个健康的自我，忽略别人的轻蔑，对自己的生命负起责任，给它以形状和意义；这些约瑟夫·K没能做到，米赫索最终做到了，阿尔弗雷多·特莱普斯只有在戏仿的形式中才做到。超人是一个自我超越者而不是一个“超级人”。尼采很景仰旧约中的很多东西，并且表扬了流亡海外同化了的犹太人。[26] 但是他反复地声称，犹太人要对现代世界的所有坏事负最终责任，尽管可能并不是罪责，他也不断为异教价值观辩护，反对较为温和的基督教价值观。“你说好的理由甚至使战争变得神圣？我要对你说：是好的战争使任何理由变得神圣。”[27] 尼采认为反犹主义者和犹太人、特别是像保罗一样的犹太人都是基督教的设计师，会被愤懑吞噬。尼采是“一个反对反犹主义者，同时是一个犹太教批评者，而犹太教是基督教的摇篮。”[28]纳粹分子忽视了这一非难的第一部分，维斯堡则忽视了第二个部分。

我不愿意因为把希特勒的出现归咎到尼采头上而激怒维斯堡， 161

---

〔26〕 Sander L. Gilman, “Nietzsche, Heine, and the Otherness of the Jew,” in *Studies in Nietzsche and the Judaeo – Christian Tradition* 206 (James C. O'Flaherty, Timothy F. Sellner, and Robert M. Helm eds. 1985). 关于大意相同的一篇文章，请看 Michael F. Duffy and Willard Mittleman, “Nietzsche's Attitudes toward the Jews,” 49 *Journal of the History of Ideas* 301 (1988). 吉尔曼（Gilman）指出，所有这些对犹太人的描述都是陈规老套，“把对于一组单独个人的感觉简约成为一个种类的通性。” Gilman，上书，页206。

〔27〕 Nietzsche，上注〔4〕，页47（I.10）。“尼采为战争和力量唱的颂扬之歌所表达的是，他的时代的中产阶级中很多人都采纳了一种最初属于贵族的勇士规范。” Norbert Elias, *The Germans: Power Struggles and the Development of Habits in the Nineteenth and Twentieth Centuries* 118 (Michael Schröter ed. 1996). 尼采把勇士规范中的因素转化“进了一种中产阶级民族主义学说”。同上，页119。

〔28〕 Yirmiyahu Yovel, “Nietzsche, the Jews, and *Ressentiment*,” in *Nietzsche, Genealogy, Morality: Essays on Nietzsche's Genealogy of Morals* 214, 215 (Richard Schacht ed. 1994)（着重号为后加）.

但是纳粹计划中的很多内容都可以从尼采的全部著作当中拼凑出来，这说明埃斯海姆（Aschheim）把纳粹主义描述为“一种尼采式的大政治”[29]的说法是有道理的。阿道夫·希特勒这个人集中体现的德意志民族、意志对物质局限的胜利、对战争的赞美、对无情和残酷的培养、用野蛮价值观替代资产阶级价值观、造就一个由强者和美者组成的控制者种族、对撒旦能量的释放，这些都使尼采，以及像被尼采极大影响了的叶芝这种反动的新浪漫主义现代诗人，同法西斯主义在一些并不仅仅是反犹主义的观点上排成了直线。但不仅如此，作为一个文化的而不是宗教的反犹主义者[30]——一个不是从基督教立场上批评犹太人的批评者，而是一个从异教徒立场上批评犹太教和基督教的批评者——尼采指出了通向希特勒那个牌子的反犹主义的道路，因为希特勒也是一个反基督教者，他把基督教和犹太教相提并论。

浪漫主义并不比尼采哲学更多地直接导向希特勒。浪漫主义强

---

〔29〕 Steven E. Aschheim, *Culture and Catastrophe: German and Jewish Confrontations with National Socialism and Other Crises* 81 (1996). 请考虑从 *Human, All Too Human*，上注〔24〕，页230－231（§477）中摘出的下列段落：“战争是根本的，一旦人类学会了不再进行战争，对人类有很多期望（甚至更多，期望非常之多）就是无用的狂想和多愁善感……像今天欧洲这样一个受过高度教育的、所以一定是令人厌倦的人类，不但需要战争，而且需要最伟大的、最可怕的战争（也就是偶尔地退回到野蛮时代），才能不使自己的文化及其存在本身丧失到文化的手段当中。”或者下面从 *The Anti－Christ*，in *Twilight of the Idols and The Anti－Christ* 115－116（§2）（R. J. Hollingdale trans. 1968）中摘出的段落：“什么是善？——所有能够在人身上增强权力感、权力欲以及权力本身的东西。什么是恶？——所有产生自虚弱的东西……虚弱和身体不佳的人会完蛋：这是我们善心的第一要义。而且我们应该帮助他们做到这一点。比所有的恶行更为有害的行为是什么？——是对身体不佳和虚弱的人的积极同情——就是基督教。”或者下面摘自 *Joyful Wisdom*，上注〔24〕，页250（§325）的段落：“如果一个人没有在自己身上感到造成极大痛苦的力量和意志，那他怎么能做成任何伟大事业呢？……在造成巨大痛苦和听到它所发出的喊叫时，不要因为内在的忧伤和怀疑而崩溃——这就是伟大，这属于伟大。”这可以是希姆莱（Himmler）给那些从事根除犹太人计划的盖世太保讲的鼓舞士气的话。

〔30〕 A. D. Nuttall, *Why Does Tragedy Give Pleasure?* 63 (1996).

调有机统一，这支持了新马克思主义的激进共产主义以及爱德蒙·伯克（Edmund Burke）的保守共产主义，以及墨索里尼或希特勒的社会有机论。[31]但是T·S·艾略特的反浪漫主义将他引向了法西斯主义，而令浪漫主义者厌恶的边沁式功利主义已同时被用来为社会主义和为自由放任资本主义两者进行辩护。就像这些例子表明的，即使个人主义同浪漫主义之间的关系也是模糊不清的。尽管在某种意义上，浪漫主义是个人主义的极端，但是在另外一个意义上，浪漫主义就是消除个人之间的边界。正是法律——不浪漫的、实际上反浪漫的法律——巡视着这些边界。

浪漫主义对法律的不舒服感反映在“浪漫的叛逆者”这一文学传统当中。[32]布莱克的《天堂与地狱的婚姻》（*Marriage of Heaven and Hell*）中的警句——“与其培养不切实际的欲望，还不如把婴儿扼杀在摇篮里好”——可以作为纪德、热内（Genet）、卡缪以及其他人撰写的20世纪新浪漫主义小说的引语。尼采对战争的歌颂同这种情绪是一致的，尽管他还没有走到赞成谋杀的地步。（布莱克在这个问题上也没有。）尼采对基督教价值观的抱怨并不是因为它们压制了杀人的冲动，而是因为它们是“反生命”的。可是，维斯堡认为自己讨论的几部小说把尼采哲学向前推进了一步，并以极度不同意的态度描述了对杀人之超人的压制。拉斯科尔尼科夫犯了两桩谋杀罪，其中一桩在我们的法律体系中应该是一级谋杀；我们看到，米赫索是个谋杀犯；比利·巴德所犯的在平时法律中（这是一个重要的限定，就像我们将要看到的）应该是过失杀人罪。维斯堡宽恕了他认为这些作品所赞扬的颠倒的价值观，他反复表达了对犯罪行为的同情和对那些使罪犯受到制裁的人们的反感——他认为

162

[31] 请看Roger Eatwell, *Fascism: A History* 6–7 (1995).

[32] 有关一个出色的讨论，请看Martha Grace Duncan, *Romantic Outlaws, Beloved Prisons: The Unconscious Meanings of Crime and Punishment*, pt.2 (1996).

那些人都被愤懑吞噬了。他说，“把犯罪行为感觉为一篇脱离了愤懑的自由宣言，这是现代文学的一个基本贡献，”而且“罪犯没有愤懑的倾向”、还有“同罪犯的情况几乎直接对立的是知识分子的情况”（页 27－28）。米赫索反抗了“一个武断的价值体系”，因为他“对于总的来说什么是积极的价值观有着自己的观点。作为一个个人，米赫索代表了对文字上的多愁善感的完全抛弃。这样，如果说不是带着完美的笛卡儿哲学理性的话，他起码是带着诚实分享了人类存在的自由流动”（页 119－120）。米赫索审判中的证人“没有能够传达被告道德体系中的善良”（页 120）。在被批评为“几乎故意忽视”米赫索的实际上所为时，[33]维斯堡答非所问，在一组包括米赫索以及一个被错误指控犯有谋杀罪的人物（德密崔·卡拉马佐夫）的小说人物当中，“没有一个人单独拿出来是意图作为一个标准的道德范例。”[34] 在讨论《罪与罚》中的预审法官试图诱骗拉斯科尔尼科夫招供时怎样使用律师噱头时，维斯堡把拉斯科尔尼科夫的困境同《审判》中约瑟夫·K 的困境进行了类比，这种做法忽视了这样一个事实，即拉斯科尔尼科夫谋杀了两个人，而约瑟夫·K 根本就不曾犯罪。而且，在称比利·巴德为“一个无辜的人”和一个“快乐无辜的人”（页 155，162）的时候，维斯堡轻视了这样一个事实，即比利·巴德在战时海上打了长官致命一拳，在做了这件事以后，比利就不再是无辜的了。在维斯堡的眼里，法律上有罪的人和法律上无罪的人都是无辜的；而法律和执法者是有罪的。

163

在一个罪犯可以自由游荡而不会受到惩罚威胁的社会里，其他

---

〔33〕 Susan Sage Heizelman and Sanford Levinson，“Words and Wordiness: Reflections on Richard Weisberg's *The Failure of the Word*，” 7 *Cardozo Law Review* 453，465（1986）.

〔34〕 Richard H. Weisberg，“More Words on *The Failure of the Word*: A Response to Heinzelman and Levinson，” 7 *Cardozo Law Review* 473，483（1986）（着重号为后加）. 他在更近一些的时候说过，他所称之为“异端”的米赫索是“因为同别人不一样而被定罪”。Weisberg，*Vichy Law and the Holocaust in France* 7（1996）（着重号是原文中就有的）.

人就没有什么自由了，陀斯妥也夫斯基和梅尔维尔都理解这一点。[35]《罪与罚》的读者被拉斯科尔尼科夫的行为所震惊，而且这也是作者的意图——而我们震惊并不是因为他没有变成他自称的超人。鲍费里，即那个预审法官，试图攻拉斯科尔尼科夫所不备（被维斯堡描述为“胁迫拉斯科尔尼科夫供述，胁迫他在道德上顺从”[页 xii；也请看页 54]），这是标准的、尽管戏剧化的讯问策略。鲍费里并没有胁迫拉斯科尔尼科夫招供，那些供词甚至不是鲍费里讯问的结果。拉斯科尔尼科夫是在鲍费里已经放弃把犯罪定在他头上的努力之后对另外一位官员招供的——招供是出于内在压力而不是出自紧张的讯问。

维斯堡为米赫索所作的最终辩解让维斯堡很容易被指责为不把犯罪当回事：“当被告声称是‘太阳’引起了杀人的时候，我们知道，在一个对感觉经验开放的体系当中，谋杀当天的自然环境——加上午餐喝酒导致的轻微醉意，法律推理从来没有表明这个状况——确实剥夺了他的自由意志。实际上，在一个美国法院当中，米赫索没有真正蓄意这一点本来可以构成一种可行辩护的基础；还有，因为在美国‘品行’问题几乎不能作为证据，所以米赫索可能会因为过失杀人被处以相对较轻的惩罚”（页 121－122；脚注已省略）。其中道德上不光彩的要旨为躲闪的言辞（“在结果上”、“真正”、“可行的”、“相对”）所掩盖，也为这样一个事实所掩盖，即维斯堡没有提及米赫索对他的（没有姓名的、非法国人的、非个性化了的、甚至非人性化了的）被害人射击了五次却从来没有表达过遗憾或悔恨。[36]显而易见，某些形式的法律推理所助长的残酷无情

〔35〕卡缪就是另外一个问题了，就像我在第 1 章中所说的。

〔36〕彼得·瑞德·迪彻奥特也对米赫索的行为所提出的道德问题类似地躲闪其辞，他声称《陌生人》是一部“深刻的道德著作”，仅仅因为它提出了一些有关生活的大问题。Teachout, “Lapse of Judgment,” 77 *California Law Review* 1259, 1287 (1989).

的抽象倾向不但对刑事被告人是一个危险，对犯罪被害人也是一个危险，因为可以忽视被害人的人性，却把罪犯描绘得极有人性。[37] 尽管一贯地坚持条文主义可能会使米赫索免于死刑，但是一贯地坚持以其完全的人性维度看待他的案件（这样就不但要注意米赫索的人性，而且还要注意那个阿拉伯人的人性）可能会使他难逃一死。

维斯堡没有能够看到，如果"正义"取决于被害人和伤害者的身份，那么受欢迎的人就会得到正义，而不受欢迎的人就不会。如果不墨守成规的人可能会得到被放逐的结局（这是对苏格拉底在雅典的大众司法体系下受到审判和定罪的一个解释），那么人们就会更有压力去遵守社区规范。就像亚里士多德在校正正义的概念中表述的，法律正义的实质是要忽略争诉双方的个人优点。因为抛弃了法律正义，一意孤行的浪漫主义可能会导致最为致命的全体一致。

164

我希望本书第1章已经表明了我对作为一部文学作品的《陌生人》的钦佩，并且在本书稍后，我将论证反对不道德的文学会导致不道德的行为的观点。但是，如果是作为一部道德专题论文，维斯堡认为它就是，那么《陌生人》是邪恶的。在被犹太大屠杀消磨殆尽以后，维斯堡储备的气愤对于杀死一个阿拉伯人的普通谋杀来说已所剩无几了。

---

[37] 一个现代例子是，一个家境贫寒年轻男子在耶鲁谋杀了一个女学生，该男子不但受到了天主教会的极大同情，而且他只为所犯罪行被判了短暂的刑期。Willard Gaylin, *The Killing of Bonnie Garland: A Question of Justice* (1982); Peter Meyer, *The Yale Murder* (1982)。有关一般论述，请看 Lynne N. Henderson, "Legality and Empathy," 85 *Michigan Law Review* 1574 (1987)。缺乏对犯罪被害人的同情理解这一指责不能被对准《她的同等人组成的陪审团》（第3章）吗？那个故事难道不是也可以从被害人的角度讲述吗？可能那位遇害的丈夫嫉妒他妻子的小鸟。就像约翰·斯坦贝克（John Steinbeck）的故事《白鹌鹑》（The White Quail）中的哈里（Harry）显然是出于嫉妒而杀死了他妻子喜爱的小鸟？在第9章中我们将讨论法律的努力，即通过"有关被害人所受冲击的证据"来恢复谋杀者同（没有到场的）被害人之间在法庭上平衡。

《比利·巴德》和《卡拉马佐夫兄弟》

维斯堡的主菜是对《比利·巴德》的一次非正统解读。[38]与小说同名的主人公是一位年轻水手，他在英国同法国五人执政团（在大革命政权与拿破仑执政之间的政权）战争时被强制征兵在一艘英国军舰上服役。英国海军刚刚经历过一次严重兵变，每个人都警惕着兵变再次出现，特别是在被强制服役的水手中间。出于从未讲明的原因，约翰·科拉格尔特（John Claggart），一个掌管军舰安全的小军官，决定陷害比利。他告诉舰长说比利是一个哗变者。威尔舰长并不相信科拉格尔特，就把比利叫到舰长船舱里同指控者质证。比利有言语障碍，无法对科拉格尔特的指控作出回应。威尔像父亲一般把自己的手放在比利肩膀上，告诉他说话时不要着急。比利仍然说不出话来，而且愤怒之极，他的反应是一拳就打死了科拉格尔特。威尔召集了战地军法审判，法庭成员倾向于宽容，直到威尔提醒他们说，在战争时期打自己长官是死罪，并且任何宽恕都会鼓励哗变。他们不情愿地判处了比利死刑，而且他第二天早晨就被绞死——他最后的话是，“上帝拯救威尔舰长。”威尔不久后在一次战役中受了致命伤，在死的时候低声叫着“比利·巴德”。

在维斯堡的解释中，比利是卢梭的高贵野蛮人、尼采的“统治

---

〔38〕除了 *The Failure of the Word* 中的讨论之外，请看 Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature* 104 – 116 (1992). 关于论述《比利·巴德》之法律方面的很多学术文献的其他例子，请看 Symposium on Billy Budd, 1 *Cardozo Studies in Law and Literature* 1 (1989); *Critical Essays on Melville's* Billy Budd, Sailor (Robert Milder ed. 1989); Susan Weiner, *Law in Art: Melville's Major Fiction and Nineteenth – Century American Law*, ch. 8 (1992).

者”[39]或“金发碧眼的野兽”、华兹华斯的先知神圣，而威尔还有科拉格尔特都被愤懑所吞噬，并且处死比利是严重的不正义。维斯堡论证说，军法审判是不正常的，因为在比利打科拉格尔特时科拉格尔特并不是在“执行公务”（页 154－155）。但他确实是在执行公务，查获哗变是他作为军舰安全官员最为重要的任务，他指控比利时是在滥用职权，而不是放弃职权。威尔和军事法庭成员只是相信科拉格尔特对比利的指控存在错误。维斯堡论证说，死刑对于比利·巴德的犯罪过分了，但他误读了历史记录：在 18 世纪英国海军中，海员殴打和杀死比自己军衔高的军官真的可以被处死。海员约翰·卡明（John Cumming）在 1784 年就因打了自己军舰上的水手长受到审判，被判有罪，并被处以绞刑，没有人建议宽恕他，尽管没有记录表明那个水手长死了。[40]维斯堡指出的程序不正常地方反映了正常军事法庭的形式化同战地军事法庭的非形式化之间的区别。维斯堡也论证说，在英国法律下，威尔应等军舰回到舰队之后起诉比利，应该在那个时候请指挥舰队的司令召集正常的军事法庭；只有当比利打科拉格尔特的行为可以解释为哗变时，战地程序才是适当的，但是在战争时期打一个更高军衔的军官本身就是哗变。[41]

166

即使维斯堡关于 18 世纪法律和做法的观点是正确的，他对这部中篇小说的解释也站不住脚，因为文本中没有任何地方表明——我们也不能假定读者可以从其他来源知道——对比利的军法审判和处死不合法律。战地军法审判严厉，可能可怕，甚至可能太过着急（随舰医生是军事法庭成员，他认为像这样不寻常的案件应该提交

[39] 有关“统治者”与“超人”之间的区别，请看 John Richardson, *Nietzsche's System* 52－72（1996）.统治者生来就高贵；超人则克服了自身具有的奴隶道德观。

[40] John MacArthur, *Principles and Practices of Naval and Military Courts Martial*, vol.2, p.437（4th ed.1813）；对有关案件的纵览，请看同书，页 419－451。

[41] Thomas Simmons, *The Constitution and Practice of Courts Martial* 79（7th ed.1875）.

舰队司令），但并不是不合法的。不是威尔，而是叙事人告诉读者说，在当时的情况下使用战地军法审判是适当的。[42] 梅尔维尔也没有设下任何线索说叙事人本身可能不可靠，或者说读者必须研究18世纪英国的海军法才能理解这部书。

不但如此，让比利·巴德在军舰上受审，这在文学上是势在必行的。返回舰队所带来的延迟，随后情节又转向一个威尔不能起到任何作用的军事法庭，这些都会使情节变得不清晰，会推迟结局，而达不到任何艺术效果。而且，让比利受到对战地军事法庭来说显然合法的处罚——比如说抽鞭子——会让这部小说失去其悲剧色彩。威尔集检察官、陪审团以及法官角色于一身，这也是文学上的势在必行；为了维持轻快的叙事节奏，这是必要的。艺术要高于正当程序。把有关法律主题的文学作品理解为一个自成体系的文学类型，而不是理解为法律学说的一个分支，这可以帮助我们避免误解文学脱离法律常态所具有的意义。

军事法庭的成员们表现出了疑虑——有人甚至怀疑威尔是不是发疯了——并不是因为法律上的保留意见，而是因为这样一个事实，即比利是一个如此有魅力的人，并且引起比利打科拉格尔特的(在外行人而不是律师的意义上）诱因非常之大。小说描写的矛盾冲突是视野狭窄、理解力有限的低级军官所表现出的同情与舰长单独承担的责任之间的冲突。威尔因为自己的智识、角色以及视角而被孤立起来，对于处理比利犯罪的后果，威尔没有任何人可以咨询或分担责任。

维斯堡担当了几乎是真正意义上的魔鬼律师的角色，他论证　167

[42] “在战争时期，不论是在陆地上还是在舰队中，战地法庭所发布的死刑命令——在陆地上有时仅仅由将军点一下头就算是命令——会毫不迟延地跟在有罪判决的脚步之后，没有上诉。” Herman Melville, *Billy Budd, Sailor (An Inside Narrative)* 114 (Harrison Hayford and Merton M. Sealts, Jr. eds. 1962). 我所引用的《比利·巴德》的页码就是来自这个版本。

说，比利·巴德是尼采的“金发碧眼的野兽”而科拉格尔特是耶稣基督，比如，维斯堡荒谬地称科拉格尔特为“科拉格尔特——耶稣”（页 174）。比利确实有着尼采所说的自然人的特质——精力充沛的健康和高度的动物勇气，原始的愤怒但不带憎恨或报复心理，对未来心不在焉（他对在战争期间被迫应征到军舰上服役并不在意），不狡猾，不善言辞（这是由关键时使他默默无言的言语障碍象征的），米赫索同他一样具有这个特征。在尼采的观点里，人类精神中的同情理解、敏感、事先计划以及其他显著特征，是芸芸众生用来克服自己的弱点、表达自己的权力意志的工具。“拥有力量的人会使自己脱离心智。”[43] 但是比利也同堕落前的亚当和耶稣（在基督教文献中，耶稣常常被称作“第二个亚当”）相关；比利被处死时出现了天国的征兆；并且他原谅了威尔。威尔对比利的父亲般的态度回应着上帝牺牲圣子以拯救人类的行为（而“巴德”（bud）* 是“孩子”在植物界的对应物）。相反，科拉格尔特被反复地比喻为毒蛇，这让我们想起的是撒旦而不是耶稣基督。“科拉格尔特”这个名字读起来很响亮，让人们记起，在传统上恶魔是同噪音联系在一起的。他同耶稣有着相同的名字首字母，并且死于大约同样的年纪，但是，即使是一个偏激的反基督教主义者——即使是尼采——也无法在耶稣同科拉格尔特之间找出任何品行或事迹上的类似之处。一个反基督教主义者同耶稣有着同样的名字首字母，这应该让人感到奇怪吗？这难道不恰恰是你预期恶魔会做的事情吗？

尼采还认为基督教摧毁了罗马帝国（其他人可能会认为基督教延长了该帝国的寿命）。但是他在自己认为值得钦佩的、甚至是

[43] *Twilight of the Idols: or How to Philosophize with a Hammer*, in *Twilight of the Idols and The Anti-Christ*, 上注〔29〕，页 76（“Expeditions of an Untimely Man,” 14）。也请看 *Daybreak*，上注〔24〕，页 90（§142）。

* 意为“芽；蓓蕾”。——译者

"异教的"耶稣同制度化的基督教之间做出了区别。[44] 尼采说过，"自古以来只存在过一个基督徒，而他已经死在十字架上了。"[45] 说梅尔维尔在仇视基督教方面超出了尼采，这既没有文本的证据也没有生平方面的证据。[46]

168

今天通行意义上的"自由主义者"大都不喜欢军队，并且痛恨死刑。(尼采会认为他们是多么地可鄙！) 他们不会认为威尔是一个值得同情的人物，并且他们当中有些人会把自己缺乏同情映射到梅尔维尔身上。例如，布鲁克·托马斯（Brook Thomas）就对维斯堡在程序上的批评不以为然，他认为这些批评反映了一种威尔式的"集中注意技术细节的法条主义观点"，[47]认为梅尔维尔的观点是，法律（对托马斯来讲法律是上层阶级压迫下层阶级的工具）是一种如此骗人的意识形态，以至于它甚至能够让它的牺牲品都认为它是公正的。"威尔投射了一个如此公正无私的形象，以至于甚至比利都不抗议处决自己的命令"（页 219）。但是，如果威尔的意识形态是如此地具有欺骗性，那么就很难回避这样的结论，即梅尔维尔本人也被骗了。托马斯仅仅是假定而没有论证作者希望读者去撕破公正无私的形象，看到下面隐藏的压迫的现实。[48]

---

〔44〕请看 *The Anti - Christ*，上注〔29〕，页 139 - 153，179 - 183（§ § 27 - 40，58 - 59）。

〔45〕同上，页 161（§ 39）。

〔46〕有关一般论述，请看 Rowland A. Sherrill, "Melville and Religion," in *A Companion to Melville Studies* 481 (John Bryant ed. 1986)。

〔47〕Brook Thomas, *Cross - Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville* 211 - 212 (1987)。

〔48〕并不是所有的自由主义批评者都把自己对威尔的不喜欢投射到梅尔维尔身上。Stephen Vizinczey, "Engineers of a Sham: How Literature Lies about Power," *Harper's*, June 1986, pp. 69, 71 - 73, 既论证说这部中篇小说赞同威尔的观点，也论证说这样做是错误的。他认为《比利·巴德》是独裁主义价值观的一曲颂歌。Robert R. Lawry, "Justice in Billy Budd," in *Law and Literature Perspectives* 169 (Bruce L. Rockwood ed. 1996)，论证说威尔在勇气和道德想像上具有不足之处，但是以类似于我的原因摒弃了维斯堡的解读。

维斯堡超过了这些批评者一步，这不仅因为他指责威尔违反了军事法才取得了比利的死刑，而且也因为维斯堡指出威尔这样做是出于对纳尔逊将军充满愤恨的嫉妒。他的论点是，威尔尽管是个有能力的军官，却同纳尔逊不在同一个层次（这是事实，但引人误解，就像我们将会看到的一样）；威尔对这种反差充满怨恨（这一点没有证据）；而且，因为纳尔逊同比利·巴德都同样有能力完美地把思想和行动统一起来，所以威尔把这两个人等同起来了，[49]并且出于嫉妒纳尔逊而判比利死刑——这太荒谬了。而且，通过这样论证，维斯堡把《比利·巴德》在美学上搞得一塌糊涂（这是质疑他的解释的又一个原因），因为他把这部中篇小说打碎了，变成了两个相互无关的故事：一个是异教信仰同基督教之间的斗争，这以科拉格尔特的死亡告终（这毁灭了比利——也就是罗马）；另一个故事是威尔把对纳尔逊的嫉妒付诸行动，这开始于科拉格尔特的死亡而结束于威尔的死亡。

169 这部中篇小说让威尔以受到高度赞美的面目出现在读者面前："作为一个即使在盛产著名海员的时代也很出色的水手，"威尔"长时间服役，参加过各种战斗，总是使自己表现为是一个关心下属的军官，但从不容忍对纪律的违犯；极为熟悉自己专业的学问，勇猛到近乎鲁莽，却从来不乏明智"（页60）。为了贬低威尔一下，维斯堡从同一页引用了下面的描述："在岸上，穿着平民的衣服，很

〔49〕这种等同很牵强，首先，纳尔逊体弱多病，只有5英尺2英寸高，到1797年时已经在战斗中失去了一只眼睛和一条胳膊。而且，他远远没有自由精神，而是崇拜职责，就像他在特拉法尔加角战役之前给舰队发出的著名信号："英格兰期望每一个人都完成自己的责任。"纳尔逊不仅在身体特征上不具有吸引力，实际上是残废，而且是一个有权威的雄辩者，他同比利·巴德正好相反，而且他说起话来恰恰像威尔。"我们的国家对于我们的服务有着优先的要求；并且私人的便利或幸福必须永远让路于公共利益。责任是一个海军军官的最大事业，所有私人的考虑都必须让位于它，不管有多么痛苦。"转引自 Robert Southey, *The Life of Nelson*, vol.1, p.69 (1813).

少有人会认为他是一个水手。”但是维斯堡去掉了后面紧接着的描写：“……更为特别的是，他从来不曾使用航海术语来装饰非专业的谈话，他举止庄重，对于简单的幽默没有表现出什么欣赏……他谦虚的风度可能出自有时伴随着坚毅性格的成熟男性身上那种毫不矫情的谦逊”（页60）。确实，威尔比不上纳尔逊，但是纳尔逊也不生活在1797年，因为那是在尼罗河、哥本哈根以及特拉法尔加角战役之前——纳尔逊主要是因为这些战役才留名青史的。在这部小说的世界中，也就是1797年的世界中，没有什么理由让威尔嫉妒纳尔逊，除非威尔有先见之明。在维斯堡的手里，《比利·巴德》变成了一部后现代的虚幻作品，其中的人物是以小说的读者拥有的、而不是该人物自己拥有的知识为基础行动的。维斯堡是解构主义的堕落天使保罗·德·曼（Paul de Man）的学生，这不是平白无故的。

《比利·巴德》第5章中提到，在特修斯号上，仅因为纳尔逊在场就阻止了一场可能的哗变，但我不认为这是对威尔的一个暗含的批评。小说没有被提到特修斯号上的暴力行为，而且我们可以确定，只要有任何暴力行为，纳尔逊一定会以最为严厉的方式作出反应：有一次，他祝贺另一位将军在礼拜日绞死了四个海员，并且说他会批准在圣诞节绞死他们。[50]小说提及纳尔逊的目的可能是为了增加逼真度，就像把马丁·路德加入《迈克尔·克拉斯》的目的一样。其目的甚至可能是要暗示，如果威尔没有（顺便提一句，像纳尔逊一样）在行动中阵亡，那么他会达到什么样的成就，因为有人评论威尔说，尽管“有官方报纸上的说法，但是霍拉肖［·纳尔逊］爵士……作为水手或战士其实并不”优于威尔，尽管威尔有些“迂腐”（页63）。

---

[50] *Dispatches and Letters of Vice Admiral Lord Viscount Nelson*, vol.2, pp 408 - 410 (1845).

比利同威尔之间的对比实际上是自然人同文明人之间的对比。170 这种对比被比利的口吃和缺乏教育强化了，也被威尔的书卷气强化了；这位舰长并不是杂乱无章的老水手。但维斯堡忽视了比利的口吃和威尔的书卷气在叙事上的作用。如果比利能够针对科拉格尔特的指控口头为自己辩护，那么他打科拉格尔特这个事实就会显得莫名其妙，或至少与人物性格不符。但是打科拉格尔特这个事件对于展开故事情节是必要的。威尔的书卷气让他那复杂的论证看起来可信，他通过这种论证试图说服军事法庭一定要定比利的罪并判他死刑。书卷气也在智识上把他提升到军事法庭的其他成员之上，而且，通过让他以一个内省的人、而不仅仅是以一个强硬司令官的面目出现，书卷气使他处死比利·巴德的决定以及他在弥留之际轻声呼喊比利的名字都具有悲剧蕴涵。对于纳尔逊来讲，审判和绞死比利都会仅仅是日常工作而已，很快就会遗忘。

在一个重大战役中指挥一艘重要军舰，这是一个令人生畏的责任，很多人的生命可能都依赖于正确地履行这项责任。当最受大家欢迎的水手杀死了最受憎恨的小军官，而根据《战争法案》的规定挑衅情节又不能减轻犯罪的死刑性质时，作为一个敏感的人、而不是一个例行军令的指挥官，就会发现自己处在私人感情和公共责任的夹缝当中。威尔选择了后者。作者并不想让我们认为他别无选择，但他也不想让我们认为威尔的行为是非法的或是出自嫉妒。他的书卷气，他的“迂腐”，都让我们意识到他知道自己正面临着艰难的选择。

罗伯特·弗格森指出，这位指挥官面临的选择是要在遵守实在法和遵守自然法之间作出选择，而且弗格森注意到了威尔的法律推理风格同法律实证主义者的进路有密切关系。在梅尔维尔写作《比利·巴德》时，法律实证主义者正渐渐取得上风。[51]霍姆斯的法律

[51] 请看 Ferguson, *Law and Letters in American Culture* 288 – 290 (1984).

实证主义经典作品《普通法》已经在 1881 年出现；同像霍姆斯那样强调法律起源于复仇相比，还存在治疗玄虚的自然法正义概念的更好良药吗？[52] 威尔不允许管制海军纪律的实在法被更高的法律打败，而根据这更高的法律，杀死科拉格尔特是正当行为："在一个同军事法庭相比不那么武断、更为仁慈的法庭面前，那种诉求［即比利·巴德既没有意图哗变也没有意图杀人］会在很大程度上减轻他的罪过，最终审理的时候这个法庭会给出无罪判决。但这里的情况如何？我们根据《兵变法令》行事……心灵……有时男人中的女性成分……必须排除"（页 111）。这种推理让威尔稳固地处于《法律对立表》中左手一栏（第 3 章）。他的推理中甚至有安哲鲁的色彩，他说，"是我们要判他死刑，亦或是通过我们运作的军事法律要判他死刑？对于那个严苛的法律，我们没有责任"（页 110－111）。他的推理中还有勃鲁托斯的色彩，他补充说，"要是［比利］能够看到我们的心灵，那么我认为，他的本性是如此宽厚，以至于他甚至会理解我们，因为这种军事必要性在我们身上强加了如此重大的责任"（页 113）。

但是威尔并不是仅仅诉诸法律的字面含义，他也论证了政策，就像一位律师会说的那样——兵变的危险。这是威尔的论证中最让人不安的部分，即便它同条文主义或愤懑都没有联系——即便它是在摒弃条文主义而采取功利或权宜的进路。当威尔问道"我们怎么可以把一位在上帝面前是无辜的、我们也觉得是无辜的、同我们一样的人判处可耻的战地死刑？"（页 110）的时候，他就让读者记起了功利主义最让人不安的特点——即，至少是在原则上，功利主义支持有意牺牲无辜者来换取整体的利益。功利主义把整个社会当作是一个单独的有机体，并要求将其福利最大化，而这种等式使杀死 171

[52] 就像我们在第 2 章中看到的一样，复仇是完全"自然的"，但它却不是那些自然法律师们的"善良"天性的一部分（请看第 3 章）。

一个人以换取社会的更大利益显得就像切除一个患了癌症的器官，但是这种功利主义的“平衡”丝毫不是出于法律形式主义——边沁坚决地反对它。

科拉格尔特在军舰上有一小撮告密者，要是比利·巴德因为杀死了告密者的老板受到宽大待遇，那么他们会怎么想、会怎么说？威尔对军事法庭解释说，对于那些不够老于世故的船员来讲，比利的行为，“不论公告中怎样措辞，都是明目张胆的兵变中明确无误的杀人行为。对这样的行为应该有什么处罚，他们知道，但是处罚没有出现，为什么？他们会反复思量。你们知道水手都是什么样的人，他们会不会重新进行诺尔岛（Nore）的暴动？当然会。他们知道那种有根有据的惊慌——它在全英国造成的恐慌，他们会把你们宽大的判决当成是懦弱，他们会认为我们在畏缩，认为我们害怕他们——害怕把这个当口特别需要的合法的严厉付诸实践，以免引起新的麻烦”（页 112 – 113）。《比利·巴德》第 29 章为威尔的担忧提供了佐证。舰队中广为传播的一份报纸进行了不确切而且危言耸听的描写，说比利是一个险恶阴谋的“头目”（页 130），在舰长面前被科拉格尔特讯问时刺死了科拉格尔特。

172 忽略威尔判处比利死刑的原因类似于忽略克瑞翁判处安提戈涅死刑的原因——只是威尔同克瑞翁相比对自己的行为有着更好的理由，但是，在这两个情况里，问题都不仅仅是不管三七二十一地执行“法律”。尽管这在威尔和克瑞翁来讲都是一个重要的考虑因素，但是两个人都不拘泥于那种使法律不为事实、仁慈和正义的衡平所渗透的贫困法理。两个人都认为正义（可以承认，是人类正义而不是神的正义）在自己一边，而且两个人这样认为都有一定的理由。罗伯特·卡弗尔（Robert Cover）把威尔比作那些在南北战争前因抓回脱逃奴隶的法律是“法律”就予以执行的法官——包括梅尔维尔

的岳父、马萨诸塞州最高法院首席法官莱缪尔·肖（Lemuel Shaw）。[53] 这不存在可比性，威尔所执行的法律很严苛，但是，在采用这种法律的严酷环境中，它并不邪恶。

我曾经说过，比利·巴德是一个耶稣式的人物，而这可能使我为威尔辩护显得有些自相矛盾；如果比利是耶稣，那么威尔一定是庞蒂乌斯·彼拉多（Pontius Pilate）。* 但是彼拉多一直都有其辩护者，比如詹姆斯·费茨詹姆斯·史蒂芬（James Fitzjames Stephen），他是英国刑法学者和法官，是约翰·斯图尔特·密尔（John Stuart Mill）的冤家对头、奥利弗·温德尔·霍姆斯的朋友、弗吉尼亚·吴尔夫（Virginia Woolf）的叔叔：

> 彼拉多的位置同一位旁遮普的英国人副总督并非非常不同……彼拉多或多或少地同一位土生的统治者有着紧密的联系，要负责可能是帝国最为危险、最为重要的省份的安全……我们不可能严肃地主张说，他的责任或在他的位置上的任何人的责任当中包括，要在被带到他的审判席前的人身上辨认出（我不说是上帝的化身）一种比他自身所代表的社会秩序更高级的道德、更具有持久力的社会秩序的教导者和鼓吹者。对于一个处在彼拉多位置上的人来讲，他所代表的道德和社会秩序在所有实际的意义上都是最终的和绝对的标准。如果为了避免这一点的明显推论就说彼拉多本应尊重密尔先生所推崇的宗教自由原则，那么我的回答是，要是他这样做了，那他就会使整个省份进入

[53] Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* 1 – 6 (1975). 但是他因为使用形式上的法律推理技术来掩盖那些法律的特征而受到了正确的批评。同上，页 229 – 238。

* 庞蒂乌斯·彼拉多是公元1世纪朱迪亚的罗马统治者，他下令把耶稣钉死在十字架上。——译者

一片愤怒。[54]

19世纪的头脑并没有粉饰法律实证主义附带的意含，提过“什么是真理”这个著名问题的彼拉多是一个值得注意的法律实证主义早期代言人。

巴克诉贝尔案（*Buck v. Bell*）中霍姆斯的意见及其著名的警句“三代低能就足够了”，[55]强化了威尔的思维方式同奥利弗·温德尔·霍姆斯的思维方式之间的密切关系。弗吉尼亚州的一部法律授权对某些州立精神病院的病人进行强制节育，条件是这些病人具有遗传的精神病或低能。霍姆斯的意见把凯莉·巴克（Carrie Buck），一个给“低能儿”设立的州立精神病院的病人，描述为该精神病院另外一位低能病人的女儿，同时又是一个低能私生子的母亲。霍姆斯认为第十四修正案的平等保护条款和正当程序条款都不禁止该州对凯莉·巴克进行节育，他写道，“我们不止一次看到过，公共福利可能会要求最优秀的公民贡献他们的生命。如果为了防止我们被无能所淹没，公众福利不能要求那些已经侵蚀国家力量的人作出这种更小的牺牲（而这些人常常不认为这是一种牺牲），这就会是一桩怪事”（页207）。这个段落混合了民族主义（它提到了征兵制，我国不但在第一次世界大战中、而且在南北战争中也使用了征兵制，而霍姆斯在南北战争中受过三次伤）、达尔文主义以及功利主义——这些“主义”的共同特点是把整体（国家、物种、社会）放在个人前面——其混合的方式适合威尔，也很适合19世纪的很多思想，但不

173

[54] Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity* 113－115 (R. J. White ed. 1967). 史蒂芬的著作首次出版于1873年

[55] 274 U.S. 200, 207 (1927). 有关对这一意见的进一步讨论，请看第8章；请注意，这个案件中的“三代”实际上很可能都不是低能儿。请看 Paul A. Lombardo, "Three Generations, No Imbeciles: New Light on *Buck v. Bell*," 60 *New York University Law Review* 30 (1985)

适合大多数现代法律学者以及文学学者的口味。它可能也不适合梅尔维尔的口味，但是，难道他就不认为，像威尔舰长一样，弗吉尼亚州当局作出了一个应该被允许的选择吗？

威尔和霍姆斯的例子突出了一个论点，即我们很难把《法律对立表》的两栏截然分开。我们看到，威尔对这两栏都使用了。因为强调责任的客观标准，从而强调有时牺牲无辜者的正义性，也因为他的实证主义，霍姆斯很大程度上站在左手一栏（规则、形式主义等等）；但是，因为他摒弃了所有严格责任的一般原则，也因为他坚持认为法律的生命在于经验而不是逻辑，所以他在很大程度上站在右手一栏，实际上，霍姆斯是法律现实主义之父。[56]

维斯堡对《比利·巴德》的描述中最为不可信的一个特征，即把科拉格尔特等同于耶稣，使我们对他另一个发现有了思想准备，即他在《卡拉马佐夫兄弟》（1880年）中发现了对基督教的抛弃，而不是像先前的读者们认为的，这部小说是对基督教的赞美。这部伟大的"法律"小说（其1/5的长度用来描写对德密崔·卡拉马佐夫的讯问和审判）[57]实际上是两部小说，它们富有技巧地交织在一起。第一部小说有关德密崔和他的父亲费奥多之间为了美丽的格鲁珊卡而进行对抗，是一个情节剧式的侦探故事；费奥多被他的男仆斯密尔德雅克夫谋杀，后者很可能是前者的私生子；以及德密崔

174

---

[56] 具体请看他的文章"The Path of the Law." 10 *Harvard Law Review* 457（1897）。Thomas，上注[49]，页232－236，在论证说霍姆斯的法理学削弱了威尔的立场时，忽视了那种法理学"坚硬的"一面——社会达尔文主义、法律同道德的分离、强调牺牲以及蔑视自然法。尽管把霍姆斯看作是Thrasymachus（请看柏拉图《理想国》的第1卷）再世会是一种严重的过于简单化的表述，但是在他身上确实有那种元素。

[57] 有关陀斯妥也夫斯基时代俄国法律程序的特点——包括使用陪审团（一种西方的舶来品），而此时陪审团正在欧洲大陆的其他地方迅速消失——请看 Samuel Kucherov, *Courts, Lawyers, and Trials under the Last Three Tsars*（1953），特别是页74－86、168－179。

因为这一犯罪被逮捕、审讯、错误地定罪和审判。第二部是一部哲学小说，其中的主要人物是伊万和阿辽沙，他们是费奥多的另两个合法儿子；阿辽沙的导师佐斯马神父，男孩伊鲁沙，以及伊万虚构出来的宗教大法官。这部哲学小说不但更为有趣和引人共鸣，而且要比情节剧更为生动；这有些矛盾，因为没有情节剧提供的叙事框架，哲学小说就无法存在。这种依赖是相互的。伊万的无神论及其（在陀斯妥也夫斯基看来的）必然结果，即“所有的事情都是合法的”，作用于斯密尔德雅克夫扭曲的心智使谋杀成为可能，而德密崔对伊鲁沙父亲的攻击（这是伊鲁沙悲剧性死亡的起因之一）表明，对德密崔的定罪尽管是司法上的错误，却同更高层次的正义是相一致的，是神的计划的一部分，并且实际上是德密崔得到救赎的条件。

这部哲学小说是一部神正论——试图调和上帝的存在与世界上普遍存在的痛苦，特别是孩子们的痛苦，也就是无辜者的痛苦。伊万无法令自己满意地解决这个问题，这使他倒向了无神论，然后是疯狂。孩子们所受的苦难被描写得极其生动，在伊鲁沙的故事里达到了顶峰。小说还提出了对于宗教信仰的很多其他挑战，包括佐斯马神父尸体过早腐烂和宗教大法官的有力论证，但是，到该书结束时，所有这些挑战都被战胜了。我们理解到，人类状态中的苦痛、卑鄙、恐怖以及丑闻，既是可以赎罪的，而且它们本身也具有救赎作用。它们是一种被选择的、而不是被强加的宗教信仰所必须的条件，例如，佐斯马的尸体过早腐败动摇了阿辽沙的信仰，这使他能够在自由选择而不是超自然强迫的基础上重建信仰。

小说中的法律场景属于我所称的情节剧——但并不全都如此。175 在法律意义上，德密崔对他的父亲被谋杀是无辜的，但是他和伊万在道德意义上都是有罪的：德密崔有罪是因为他想要杀死父亲，实际上在合适情况下他完全能够这样做，而且，更深刻的原因是，就像他自己经常且真实表白的，他是一个无赖；伊万有罪的原因是，

如果说是无心的话，他事实上启发了斯密尔德雅克夫去实行真正的犯罪。而且，德密崔被定罪和判刑这个事实被描写为他灵魂获得拯救之路上的驿站。

法律场景同哲学小说之间的另外一个联系是书中几个人物表达的一种想法，即，如果上帝是不存在的，那么任何事都是可以的。法律本身就足以威慑犯罪，从而使超自然的制裁变得不必要，对于这种可能性，德密崔被审判和定罪提供了辩驳——一个人被错误地定罪，而真正的凶手却通过自杀而得以逃脱。因为斯密尔德雅克夫并不信仰上帝或来世，而且他的生活很悲惨，所以自杀提供了一条在他看来没有成本的退路。它也决定了德密崔的命运，因为真正的谋杀者永远也无法招认了（就像陀斯妥也夫斯基的德密崔案件取材的真实谋杀案中实际发生的一样，其中的招认发生于无罪的被告被定罪之后10年）。作者使我们感受到了世俗正义的不足。

在充满了小说其余部分的残忍、激情以及泪水中，那些法律场景作为人类理性的孤岛凸显出来，其气氛完全不同于《陌生人》中法律场景中的气氛。确实，政府，甚至是德密崔自己的律师，并不理解德密崔。[58] 而且，作者使我们理解到，陪审团成员对德密崔反感是因为他寄居在父亲生活的、以及小说中发生很多事件的城镇时有很多次令人气愤的行为。但是，在关心被告人权利以及在关心真实情况的方面，在德密崔被捕的旅馆里进行的初步讯问以及审判

---

〔58〕 这个问题在一个现代的“法律”故事中重新出现，即凯瑟琳·安妮·波特（Katherine Anne Porter）的《中午酒》（Noon Wine），对它进行的颇为敏感的讨论载于，James Boyd White, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law* 181－191（1985）。沿着这一主题，我们可以提出，威尔对理性探究方法的坚持（除了其他事情之外，他的名字也暗示了这一点，因为他的名字呼应着“真理”［veritas］和“真实”［verity］）使他无法理解比利·巴德。梅尔维尔的短篇小说《班尼托·西兰诺》（Benito Cereno）有着类似的主题。我们开始看到，有关法律主题的表面上完全不同的文学作品组成了一种文学类型，它们一起使研究有所收获。

都经得起同现代美国程序的对比。德密崔被定罪的基本原因并不是陪审团因为他的疯狂行为而对他有偏见（尽管陪审团确实有偏见），而是因为他的犯罪证据是压倒性的；斯密尔德雅克夫非常聪明地陷害了他，然后自杀了。不但审判基本上是公平的（尽管判决是错误的），而且德密崔被判的刑罚——在西伯利亚服刑劳动20年——对于一桩法官和陪审团认为是偷窃过程中弑父的犯罪来讲也是宽大的。

176

通过把《卡拉马佐夫兄弟》同《罪与罚》进行对比，《卡拉马佐夫兄弟》会加强我们看到的在19世纪俄国与20世纪美国刑事程序之间的类似。《卡拉马佐夫兄弟》描写的是对抗制程序，《罪与罚》是纠问制程序。奇怪的是，尽管考虑到小说中所有那些苦难，《卡拉马佐夫兄弟》仍然是一部更为明媚、更令人愉快的小说，这一印象可能同对抗制程序更为自由的交锋和更多戏剧性有关系。大陆法和衡平法院的纠问方法对有关拖延、限制以及困扰的小说来说更加合适，《罪与罚》（像《审判》和《荒凉山庄》一样）就属于这种小说，但是《卡拉马佐夫兄弟》和《匹克威克外传》（这是又一部陪审团给出了错误判决的小说）都不是。

《卡拉马佐夫兄弟》暗含着对法律的批评，但是，这与其说是对俄国刑事司法细节的批评，还不如说是对世俗司法这个概念本身的批评。不但法律体系把事实弄错了，而且支配着检察官和辩护律师总结陈述的、对德密崔的品行进行的精致重构也把德密崔的品行弄错了。对陀斯妥也夫斯基来说，上帝的仁慈同人类遭受苦难这一事实之间的调和既不在于权威（在佐斯马死的时候所预期的、但没有出现的圣迹）也不在于理性（伊万在理性中的搜寻毫无结果）。这种调和是在于信仰，恰恰是那些苦痛使信仰得以深化，并且提供着对于神的计划的洞识。*Credo quia absurdum est*。* 尽管法律信奉理性（或者恰

---

* 拉丁语，意为“恰恰因为不合常理，所以我才相信”。——译者

恰因为法律信奉理性），但法律误解了生活，这是《卡拉马佐夫兄弟》和《陌生人》共有的思想。[59] 但是在前一部小说中，法律的短视反映了人类理性的内在限制，并且论证了宗教价值观，而在后一部小说中法律被等同于资产阶级对自由精神的迫害。

维斯堡认为德密崔甚至阿辽沙是高贵的异教徒，他们被充满怨恨的、多言的、条文主义的基督徒打倒了（页 54 – 81）。这一图画甚至在德密崔来讲都不能让人信服，他是正义流产的牺牲者。就像德密崔多次就自己所说的（而且很有理由这样说），他是一个有着无法控制的恶毒激情的人，一个挥金如土的人和寄生虫，他不知羞耻地对待妇女，攻击自己的父亲，几乎杀死了他父亲忠实的仆人格芮格利（Grigory），并且，因为他当着伊鲁沙的面拉着伊鲁沙父亲的胡子穿行于城镇大街造成了很大痛苦。德密崔远不是不善言词，他大段引用席勒（Schiller）的话。他远不是一个自然的人，在受审时穿得像一个花花公子。

《卡拉马佐夫兄弟》是一部确凿无误的基督教文学作品，它可

---

〔59〕我们在 E·M·福斯特的《通往印度之路》当中可以听到这一主题的回音。阿兹孜博士（Dr. Aziz）是一位印度人，他因为在参观神秘的马拉巴洞穴（Marabar Caves）时对一位年轻英国女士进行性攻击而受到审判，进攻事实上并没有发生，并且阿兹孜被无罪释放。审判中最为有趣的事情（这是一个殖民地的审判，就像对米赫索进行的审判一样，但是它使用的是传统的排列，本地人是被告，欧洲人是被害人和检方证人）是一种在欧洲理性同东方神秘主义之间存在无法逾越之鸿沟的感觉。在审判场景中，理解中的鸿沟和对印度独立的预示是用类似把穆尔（Moore）太太的名字印度化这样的手法，以及那个拉动给法庭房间降温的风扇但对程序一点点都不理解的低级种姓印度人表达的。对那位英国女士的名字进行的印度化象征着英国在印度的存在被吸收和改变以及印度对西方化的抵制，而那个拉风扇的人代表了传统印度大众对外族入侵所表现出的漠然。英国人尽管忙忙碌碌而且有力量，但最终在这个次大陆上没有留下很深的印记。拉风扇的人甚至并不知道自己是在操纵一台风扇，他仅仅知道自己是在拉一条绳子。他对因果关系功效的无知是对西方理性主义的一个评论，就像法院无法发现在所声称的攻击当天在马拉巴洞穴里所发生的事情也是对西方理性主义的一个评论一样，而且也可能是对印度从属性的评论——印度人并不知道自己的力量。

能是自《神曲》和《失乐园》之后最为伟大的基督教文学作品。正是这一点使维斯堡不知所措。孩子们所受的苦难、伊万和律师们的理性主义、佐斯马神父尸体发出的臭气、宗教大法官的功利主义论证、对德密崔的错误定罪——对基督教信仰的这一系列客观挑战和可供选择的出路，被耶稣给宗教大法官的静谧一吻、被斯密尔德雅克夫和伊万的命运、被佐斯马神父启发性的教诲和个性、被洋葱寓言[60]和德密崔梦到的小孩、被阿辽沙的善良和纯粹，而且最为重要的是被一种一切最终都会变得正确的感觉所战胜——真正的处罚会留给那些大睁着双眼选择了邪恶的人，就像洋葱寓言中的那个女人。维斯堡认为伊万是一个神父式的人物，并且在该书的结尾，阿辽沙已经变得“健谈”，维斯堡认为这一点意味着基督教的愤懑和“有组织谎言”的胜利（页81），但是维斯堡的这些观点很薄弱。如果陀斯妥也夫斯基没有充分地描写罪恶、诱惑以及背弃信仰的行为，那么《卡拉马佐夫兄弟》作为护教学就会失败。因为陀斯妥也夫斯基作了充分的描写，所以他让那些想要把他放在魔鬼阵营中的读者占了优势，就像布莱克和其后的很多人试图以更好的理由把弥尔顿归到魔鬼阵营中一样。

---

〔60〕“从前，有一个女农民，她是个非常邪恶的女人，她死了，在身后没有留下一点点善行。魔鬼们抓住了她，把她抛进了火海。所以，她的守护天使站在那里，思考着自己应该记住她的什么善行来告诉上帝：‘她有一次从自己园子里拔出了一根洋葱，’他说，‘并且把它给了一个行乞的女人。’上帝回答说：‘那么，你就拿着那根洋葱，在火海中把洋葱伸向她，让她抓住，然后把她拉出来。如果你能够把她拉出火海，那么就让她到天堂来，但是，如果洋葱折断了，那么这个女人就必须留在她所呆的地方。’天使奔向那个女人，把洋葱伸向她，‘来啊，’他说，‘抓紧了，我会把你拉出来。’然后他就开始小心地把她拉出来。当他刚刚把她拉出来时，火海中的其他罪人看到她正被拉出去，就开始抓住她，这样他们自己也就能一起被拖出去。但是，她是个非常邪恶的女人，开始用脚踢他们。‘是来拉我的，不是你们。是我的洋葱，不是你们的。’她刚刚说完这句话，洋葱就断开了，然后那个女人掉进了火海，一直被煎熬到今天。天使流着泪走开了。”《卡拉马佐夫兄弟》330（Constance Garnett and Ralph E. Matlaw trans., Matlaw ed.1976）。

另外一部有关法律与宗教冲突的19世纪伟大小说是亚历山德罗·曼佐尼(Alessandro Manzoni)的《婚约夫妇》(*I Promesi Sposi*),但是它没有受到维斯堡的注意。这部小说的背景是17世纪早期意大利的北部(主要是米兰公国,当时归西班牙所有),这个时间和地点有极大的政治动荡。强大的贵族们雇佣了武装亡命徒,蔑视法律,对乡下实行恐怖统治。总督发出了一个又一个的法令,宣布暴徒为非法,并规定对他们进行十分严厉的惩罚,这些法令没有被当回事,暴徒和他们的主子依旧耀武扬威。伦佐是一位农民,同鲁茜娅订了婚,而一个放纵的贵族罗德力格先生对鲁茜娅垂涎三尺。贵族派暴徒去威胁村庄的牧师,使他拒绝给这两个人成婚,威胁成功了。伦佐天真地以为法律就是法律,并且随身带着针对暴徒们的最新法令,去找一位当地律师帮忙,这位律师被起了一个诨名叫狡辩博士(*Azzeccagargugli* ——字面意思是"让乱麻更乱的人")。狡辩博士以为伦佐是一个想请自己帮忙在法令中找漏洞的暴徒,于是以一名律师对技术细节的热爱开始工作。(外行人认为这是律师惟一的热情所在。)当狡辩博士发现伦佐想针对罗德力格先生和他的团伙执行那个法令时,他吓得半死,把伦佐赶出了自己的办公室。无法无天的贵族们,包括罗德力格先生,已经雇请了这位律师去打败总督那些可怜的法令,狡辩博士不会对自己的客户反目成仇。

178

因此,小说描绘的是一个尽管意图很好但毫无效果的法律体系,这部分是因为法律职业的怯懦。但是伦佐不能选择报复,那么,该怎样表达人类对正义的渴求(如果说还能够表达的话)呢?小说改变了强调的重点,给出了一个暗含的答案。就像在《卡拉马佐夫兄弟》中一样,小说把重点从小说开始时法律的失败转移到小说中间和结局中宗教的胜利上。在伦佐试图欺骗牧师履行结婚仪式的努力失败后,他被赶出了自己的村庄,最终流落到了正爆发可怕瘟疫的米兰。他逃过了这一劫,鲁茜娅也逃过了,她在被罗德力格先生绑架之后逃到了米兰。伦佐回到家乡,发现罗德力格先生因为瘟疫而行将就木,

牧师不再害怕了，伦佐和鲁茜娅最后得以成婚。

为年轻人挡开灾难并一手安排了幸福结局的关键人物是两位英雄式的神职人员，克里斯托福罗神父和红衣主教波罗密欧，红衣主教（一个真实的历史人物）在减轻瘟疫带来的恐怖中也起到了作用。小说所传达的感觉是，宗教信仰使可怕的环境——瘟疫和无政府状态——如果不是得以克服，那么至少是变得可以忍受。实在法可能是没有希望的，但神支持的自然法仍然可以看得到，至少可以作为一个用来衡量实在法的标准，而且有的时候，自然法会在毫无希望的情况下得到伸张。

文学与大屠杀

179 维斯堡达到顶峰的论点是，他在《罪与罚》和《陌生人》中的初审法官、《卡拉马佐夫兄弟》中的律师们以及《比利·巴德》中的威尔舰长身上找到的那种态度为希特勒消灭犹太人的企图铺平了道路。这一论点不但依赖于一个十分特别的观点，即惩罚谋杀犯和其他罪犯会鼓励纳粹主义，而且也基于一个相比之下稍微可信的观点，即尼采同纳粹主义的精神距离要大于基督教同纳粹主义的精神距离，以及尼采作为反基督教主义者是更为反纳粹的。确实，欧洲反犹主义的根源是基督教；同质化和顺从在纳粹主义里扮演了重要的角色；组织化的基督教同法西斯政权之间有勾结；而且很多纳粹个人看起来都被

愤懑所吞噬，[61]比如，戈贝尔*脚畸形、个子矮、心智扭曲，就可以描写为尼采的充满怨恨的典型。但是尼采赞美野蛮，把犹太教——基督教价值观说成只值得奴隶信仰，这些都是国家社会主义意识形态的关键因素；犹太教——基督教价值观同那种意识形态之间没有什么共同之处，尽管在制度化的基督教同法西斯主义之间存在着勾结的事例，这种勾结被维斯堡夸张地描述为"所有基督教机构都参加了以难以置信的方式牺牲无辜者的过程"（页 69 – 70）。

可能因为维斯堡把愤懑和反犹主义同像基督教和法治这些既不为纳粹所崇拜、在纳粹中也没有影响力的力量联系起来了，所以他对法国反犹主义的指责要比他对德国反犹主义的指责更为强烈。"法国着迷于外国征服者带到它国土上的种族可能……西方的平等主义和自由全面接受种族排斥和最终的种族屠杀，看起来要比仍然近代野蛮主义、极其浪漫的德意志国家来得更为热忱"（页 2）。在第二次世界大战之前和第二次世界大战中，法国确实存在着大量的反犹主义。但是主张说法国会试图，比如说，消灭犹太人、或者主张说法国比德国更狂热地信奉种族屠杀，这些主张都像《语词的失败》中所声称或暗示的其他似是而非的说法一样不能当真，比如说纳粹主义是头脑太多、心灵太少的产物（页 138），说《我的奋斗》同登山宝训**一脉相承，还有说那些侦察和惩罚谋杀的人们在道德上等同于——甚至在道德上要劣于——谋杀者。尽管维斯堡提出了证据证明维希法国的种族法律实际上比纳粹法律更为严酷，而且解释更为严格，[62] 但是犹太人幸存者的统计数字驳倒了他的论点，即

180

〔61〕有关基督教在纳粹主义兴起过程中的作用，请看 George L. Mosse, *Toward the Final Solution: A History of European Racism*, ch.9 (1985).

* 戈贝尔是纳粹德国的宣传部长，利用德军电台、新闻媒介、电影和剧院发动反对犹太人和其他团体的政治宣传，极端忠实于希特勒。——译者

** 登山宝训是指新约中耶稣在加利利山腰处发表的讲道。——译者

〔62〕*Vichy Law and the Holocaust in France*，上注〔34〕。

法国比德国对犹太人更为恶毒。尽管法国在战争的第二年就向德国投降，并且直到四年后才获得解放，但法国 3/4 的犹太人（他们中很多是纳粹主义的难民，而不是法国国民）在战争中幸存下来了。维希政府尽管反犹太人，却试图保护法国犹太人不受纳粹伤害，并使自己同"最终解决"脱离了干系。[63]

让我们看看法国律师约瑟夫·海尼格（Joseph Haennig），他的一篇文章"让我们透不过气来"（页 7）。该文的题目是"混血犹太人可以用什么方法来证明他同犹太种族没有从属关系？"这篇文章论证说，莱比锡一家法院的判决可能为解释维希的种族法提供了指导，因为维希的种族法模仿了纽伦堡的法律。[64] 海尼格谄媚地称赞该法院"精神上的宽容和客观"（页 181），因为它允许一位犹太混血妇女证明自己不属于犹太"种族"，而不必证明自己属于基督教教派。他注意到，"法院肯定了下级法院法官的观点，即她参加［犹太人的］新年礼拜只是为了保持家庭和睦。这样，在这个案件中，同犹太社区没有足够联系的观点被认为是正确的。"他得出结

〔63〕 请看 Michael R. Marrus and Robert O. Paxton, *Vichy France and the Jews* 361 - 362, 371 (1981)；也请看 W. D. Halls, *Politics, Society and Christianity in Vichy France* 143 (1995). 霍尔斯（Halls）指出，很多基督徒帮助了犹太人。同上，第 3 部分。有关维希及其种族政策，也请看 Tony Judt, "France without Glory," *New York Review of Books*, May 23, 1996, p.39. 维斯堡接受了马卢斯（Marrus）和帕克斯顿（Paxton）以及霍尔斯就在法国境内变成大屠杀牺牲品的犹太人数量所给出的数字：75 000。*Vichy Law and the Holocaust in France*，上注〔34〕，页 xiv。（这一数字只是大屠杀受害者的可能数量的 1.5%。）维斯堡把维希反犹政策的严厉性归咎于法国天主教信条。"只要有圣女贞德的地方，就一定有一个敌人；只要有天主教徒在遭受苦难，并且有把这一苦难归咎于别人的需要，犹太人就会常常遭受身体的折磨，而基督徒们则同时在私下里（而且实际的不舒服要相对少得多）经历着精神的耶稣受难。"同上，页 145。我理解不了他的推理。

〔64〕 这篇文章还有更多内容（可以在原文法语中找到，载于 1943.1 *Gazette du Palais*，Doctrine 31），但是上面是主要部分，也是维斯堡所翻译的惟一的一部分（页 181 - 182）。在 *Vichy Law and the Holocaust in France*，上注〔34〕，页 77 - 81 当中，他重复了对海尼格的讨论，只有不太重要的变化。

论说，法院的"分析指出了一个可能的途径，这一途径没有歪曲法律起草者意图的危险，而且同那些支撑种族法和判例的原则相一致"（页 182）。

海尼格的行为提出的问题被维斯堡描述为（页 1）"同欧洲压迫和种族主义的领导者提出的问题相比，解决海尼格的问题可能更具有潜在的灾难性"，难道上一段文章就是海尼格的作品吗？[65] 除了维斯堡告诉我们的以外（海尼格是一位被德国占领的巴黎的律师，还有——这一点同维斯堡对他的总的描述很不一致——他"显然不是一个坏人"并且"在早期占领军政府时期……曾经为一位犹太人辩护，这位犹太人因一项'政治'犯罪而面临监禁和死亡"［页 1］），我们对海尼格一无所知，所以我不能接受维斯堡的结论。[66] 尽管这篇文章中没有谴责种族法的线索，但是它如果有这种线索的话，它很可能就无法发表。它没有赞扬那些法律，受到赞扬的只是一个德国判决，这个判决从毒气室里救出了一个有着一半犹太血统的妇女，这篇文章可能救过一些有着一半犹太血统的法国人的生命。实际上，它所拯救的生命可能要比海尼格放弃法律工作参加抵抗组织可能拯救的生命要更多，而抵抗组织对他来讲在身体上和感情上可能都不适合（他有多大年纪了？）。他可能认为种族法很怪诞，但他知道，让自己的感情表现在文章里不会有什么帮助。维斯堡想让海尼格怎么做？毫无疑问，如果大多数法国人都拒绝同纳粹合作，那么犹太人的境遇会更好，而不仅仅是从像海尼格这类人那里得到点滴的帮助，但是大众反抗的问题（经典囚徒困境的问题）是，谁应该第一个站出来？

维斯堡对海尼格（一个在困难境况下为犹太人做了一些事情、

---

〔65〕"同那些喜好给犹太人施加苦难的极少数人相比，像海尼格一样的律师在更大的程度上使那种苦难成为可能。"同上，页 80。

〔66〕我试图去找但是没有能够找到有关海尼格的更多资料。

即便不是很多事情的人）的态度，恰恰例证了维斯堡谴责的愤懑，他像是在历史的被告席上对威尔和海尼格进行了虚张声势的审判，并且他不同情像威尔那样需要为维护社会秩序而行使权力和作出痛苦选择的人。梅尔维尔在《比利·巴德》中说得好（页 114）："在船舱里舒适打牌的人无法想像桥上无眠的人所承担的责任。"

▼
▼
▼

第六章

从两个法律视角看卡夫卡

自第二次世界大战期间法律现实主义逐渐消失以来，法律学术中最有影响的运动是“法与经济学”运动。不仅在市场交易中，人类在社会生活的每一个部门都是理性的（这里理性的含义会随着这一章的展开变得更为清楚），从这个假设出发，法律经济分析学者试图把法律解释为一个在市场以及非市场环境中塑造理性行为的体系。法律的每一个领域，每一个法律制度，律师、法官以及立法者的每一个做法或习惯，不管是现在的还是过去的——甚至是古代的——都是经济分析者分析的材料。罪犯、检察官、事故受害者、通奸者、街头演说家、宗教狂热者、骗子、垄断者、仲裁人、工会组织者——所有这些人都被模拟成“经济人”。法律的经济分析不但是描述的，而且也是批评的，它充满了改革法律制度以使其更有效率的建议，充满了用成本—收益语汇定义的“效率”　182

这个运动充满争议。它挑战了法律人对自己领域所持的很多假定，挑战了法律自主性本身——即法律是一个不必系统研究任何其他领域就可以从事的自足的学科。它要求律师们学习一套外来的并且难懂的概念。它基于或看起来是基于让很多人、特别是那些受过人文学科训练的人为之烦扰、甚至让他们厌恶的有关人性的假定。它追求科学，而不是人文主义。它甚至使用数学，而且它是把社会

科学应用于法律的佼佼者，而法律与文学则是法律研究当中最人文的领域。一场冲突在所难免，但是我希望在本书结束时能够使读者相信，对这两个运动的正确理解能够消除这种冲突。

论政治性地阅读卡夫卡

罗宾·韦斯特用卡夫卡的小说来批评法律经济分析使用的人类行为模型。[1] 她的靶子是对古典自由主义以及法和经济学运动都很重要的一条原则：政府不应该干涉那些没有给第三方造成未补偿成本的自愿交易——即经济学家所说的"帕累托优先"的交易。这并不是说，在有知识、有行为能力的成年人之间进行的所有不具有未补偿第三方效果的自愿交易都不能提出伦理指责；当视为一条政治哲学原则时，帕累托优先概念的目的是要界定国家的正确角色，而不是要指引个人选择。

183

密尔和其他古典自由主义者则走得更远，他们论证说，一些不是帕累托优先的交易和行为也应用一个独立的自由概念同政府控制隔离开来。[2] 并且，有些法律经济分析学者认为，增加社会总体财

〔1〕 West, "Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner," 99 *Harvard Law Review* 384 (1985)（作为她的书 *Narrative, Authority, and Law* [1993] 的第1章重印）.我在文中引用的韦斯特的页码是指这篇文章中的页码。也请看 West, "Submission, Choice and Ethics: A Rejoinder to Judge Posner," 99 *Harvard Law Review* 1449 (1986)（作为她的书的第2章重印）.对于质疑理性选择模型之充分性的大量学术文献，她一篇都没有引用。请看，例如，Jon Elster, *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality* (1983); Richard H. Thaler, *Quasi Rational Economics* (1991); Amartya Sen, "Rational Fools: A Critique of the Behavioural Foundations of Economic Theory," in Sen, *Choice, Welfare and Measurement* 84 (1982).

〔2〕 有关反自由主义的帕累托主义，请看 Amartya Sen, "The Impossibility of a Paretian Liberal," 78 *Journal of Political Economy* 152 (1970).

富的交易应当受到尊重，即使存在未经补偿的输家。我不想详细讨论这些帕累托原则的延伸，因为在韦斯特眼里，自愿交易已经够糟糕了，即使为这些交易影响的所有人都受到了完全补偿；因为她认为，我们的选择常常在本质上会使我们痛苦——她把这种观点根植在卡夫卡的小说里面。

韦斯特的工作看起来可能非常奇怪，但是理查德·维斯堡，另外一位“文学化的律师”，在陀斯妥也夫斯基、梅尔维尔以及卡缪身上也找到了政治意义；而像卡夫卡这样难以捉摸的作家可以很容易被认为是一位政治性作家，很容易，但是错的，因为卡夫卡并不像左拉（Zola）或德莱塞那样是时事问题作家，也不像斯威夫特或奥威尔那样是政治寓言作家。虽然卡夫卡是一位律师，成年后大多数时间都为一个保险公司工作，并且从法律和商业中借用了情景、符号以及词汇，但是他的小说基本上属于有关个人感情的文学作品。韦斯特对卡夫卡的解读是如此字面化，以至于他小说中源于商业和法律的事件和比喻都变成了小说的意义。这就好像把《动物庄园》解读为一部有关农场经营的小册子，或是把《大白鲸》解读为对捕鲸业进行的一次曝光。卡夫卡的小说并不真的是一系列的专题论文，不是真的在讨论靠绝食谋生的人们、按照父亲命令自杀的儿子、因变成了巨大昆虫而被解雇的旅行销售员、拒绝遵守正当程序、法院中的耽搁、在折磨机器上（他在这一过程中发了疯）杀死自己的拷问者、唱歌的老鼠、说话的猴子、沉思的狗以及从事法律工作的著名马匹。

184

有关《一位饥饿艺术家》，韦斯特写道，“卡夫卡的饥饿艺术家是最佳的波斯纳式企业家，而这位艺术家的观众就是波斯纳式的消费者。”（页393）这是一种古怪的解读，错误地把卡夫卡当成了哈佛商学院的讲师。饥饿艺术家的痛苦不是因为商业上的失败，而是因为他无法说服冷漠的世界相信自己的艺术真诚，而无法表白自己是卡夫卡小说中反复出现的一个主题；人们认为饥饿艺术家偷偷地

拿进去食物。[3] 最终，这位饥饿艺术家精神崩溃，以至于他或是在假装或是真的认为，自己绝食不是因为它的挑战，而是自己因为过分挑剔不能吃东西。他死了，被随随便便地同他笼子里的稻草一起掩埋，并被一头豹子取代，而豹子没有精神生活；他的命运把卡夫卡同尼采联系起来，并且把《一位饥饿艺术家》同托马斯·曼的《托尼奥·克罗格尔》联系起来了，它们都是有关知识分子的自我憎恨和他们对普通人不加思考的生活的嫉妒。《一位饥饿艺术家》也可能是关于这个世界对卡夫卡的艺术追求漠不关心的故事，但是，只有在最为表面、最为字面的层面上，它才是关于企业家面临的危险以及消费者反复无常的故事。

韦斯特引用了《审判》中一个有关约瑟夫·K 同银行经理助理之间相互敌对的段落，以证明"尽管 K 在工作中没有受到身体上的虐待，但是他被自己在一家银行中作主任书记员的白领职位所羞辱和剥夺人性，而不是变得更丰富了"（页 396）。事实上，那个段落仅仅反映了 K 同经理助理之间持续存在的对抗[4]——在这个过程中 K 有来有往。K 没有被自己的工作压垮，他在工作中是个大人物，这是他所处情况中的一个讽刺。这个段落表明的并不是 K 同他工作之间的疏远，而是表明他因自己纠缠于"司法"程序而变得多么心不在焉。《审判》是一部关于着魔的小说。

185

韦斯特省略的几个句子可以证明我的观点："当经理房间的门打开时，他［K］稍微抬头看了一眼，但只是稍微、［并且］看得到经理助理，一个模糊的身影，好像被某种薄纱遮住了。K 没有试

[3] Mark Anderson, *Kafka's Clothes* 175 (1992)，引用的是玛格特·诺丽思（Margot Norris），指出在《一位饥饿艺术家》和《刑罚殖民地》两部作品中，"一个有意义之痛苦的狂热者重新上演了一个场面，它在以前的年代会吸引一大群欢喜的人，但是现在只能导致肮脏的死亡和埋葬。"

[4] 缪尔夫妇的翻译引人误解。"助理经理"在那家银行中是第二高的职位（实际上是"副董事长"）。类似地，K 是一个重要的经理，而不是美国意义上的"书记员"。

图寻找这一现象的成因，而只是记下了它的直接效果，他非常欢迎这种结果。因为，那个制造商立即从自己的椅子上跳起来并朝那位经理助理冲了过去，尽管K可能希望他再快10倍，因为他害怕那个身影会再次消失。"[5]这里远不是被"羞辱和剥夺人性"，K欢迎经理助理的打扰。他想要摆脱那个制造商，这样他就可以专心思考审判的事情。

《变形记》是卡夫卡最为著名的小说。格里高尔·萨姆沙同父母和妹妹住在一起，一天早晨醒来发现自己变成了一只巨大的昆虫，有些像甲虫——坚硬的后背，很多条腿。在这个奇异的躯壳里面，格里高尔最初没有什么改变。他像以前一样思考和讲话，只是没有人可以理解他说的东西，他听起来就是一只昆虫。他的家人，特别是格里高尔的父亲，对他变形的反应是厌恶。开始时一家人或多或少地容忍格里高尔，尽管有一次他母亲不得不阻止父亲杀死他。但是，格里高尔最终出现在起居室里听妹妹拉小提琴，从而让房客们注意到他的存在，并且他们通知要搬走，这时家里人就把他锁在他的房间里。以卡夫卡的主人公通常具有的消极风格（请回忆《审判》最后一章中处死约瑟夫·K时的情形），格里高尔——尽职尽责、小心周到、驯良温顺并且深爱着父母和妹妹，实际上他们在他丢掉工作前一直都靠他养活——接受了他们对自己的无情态度，并且到死也没有动摇对他们的爱。他们则因他的死松了一口气，制订了各种各样的新计划，还坐火车到郊外以示庆贺。"就好像是确认

---

[5] Franz Kafka, *The Trial* 163 - 164（威拉和埃德温·缪尔合译，权威版，1960年）。也请看同书，页165。卡夫卡显然并不认为自己的工作让人感到可耻或者会使人非人性化，尽管他确实认为它使自己从自己的主要兴趣上分心，即写作。像斯蒂文斯和艾略特（还有约瑟夫·K！）一样，卡夫卡并不是一个反叛者或一个放荡不羁的文化人，而是工作勤奋的成功经理人，为自己的上级和同事所高度评价和十分喜欢。Frederick R. Karl, *Franz Kafka: Representativfe Man* 221 - 224 (1991); Ernst Pawel, *The Nightmare of Reason: A Life of Franz Kafka* 188 (1984).

了他们新的梦想和极好的意向，在他们旅程的终点，他们的女儿第一个跳了起来，伸展了她年轻的身体。”（页 139）[6]

186 韦斯特没有讨论《变形记》，这很奇怪，因为《变形记》比她讨论的任何一部作品都提供了更为有力的证据证明，卡夫卡的小说实际上是关于资本主义异化的。[7]格里高尔确实是被非人性化了——这难道不是因为他的工作吗？而且，请想一想那个怪诞的场景：为了挽回自己的工作，他一边爬向公司的主任书记员，一边诉说这自己上班迟到的复杂原因，但是完全不知所云。格里高尔的变形使他无法工作，这种变形对他自己和对他的家人来讲，都有一种被释放的感觉。他们曾经寄生在他的收入之上；他曾经处在办公时间的枷锁之中；只有在变形之后，他才开始理解音乐的美好。但是白领工资奴隶制并不是这篇小说的中心，它像《一位饥饿艺术家》和《刑罚殖民地》一样戏剧化了同别人交流的困难（请回忆第 4 章中卡夫卡的短篇小说《火夫》中同名主人公的不善言辞），戏剧化了一个密切相关的观点，即我们的自我感觉同别人对我们的感觉之间存在着鸿沟。格里高尔抽象地接受了自己让家人难堪这个事实，而且他被锁起来时没有反抗。实际上，他死掉是因为他知道自己已

〔6〕我引用卡夫卡短篇小说的页码见于 Franz Kafka, *The Complete Stories* (Nahum N. Glatzer ed. 1971) 我所讨论的短篇小说都是由缪尔夫妇翻译的，惟一的例外是《拒绝》(*Refusal*)，它是由塔尼娅（Tania）和詹姆斯·斯特恩（James Stern）翻译的。

〔7〕请看 Robert Currie, Genius: *An Ideology in Literature* 143 - 150 (1974)；也请看 Blume Goldstein, "Bachelors and Work: Social and Economic Conditions in 'The Judgment', 'The Metamorphosis,' and 'The Trial,'" in *The Kafka Debates: New Perspectives for Our Time* 147, 156 (Angel Flores ed. 1977)。另外一部韦斯特所没有讨论的作品——《亚美利加》，卡夫卡的一部没有完成的（他所有的小说都没有完成）有关一个年轻欧洲人移民到美国的小说——是卡夫卡对商业和劳动所进行的最为稳定的探索，因为它是关于主人公卡尔（Karl）怎样寻找工作、怎样找到工作。但是，在其中仍然很难找到资本主义异化的主题，尽管罗伯特·阿尔特尔（Robert Alter）论证说“小说中的美国……是希望之乡同时也是奴役之土。”Alter, *The Pleasures of Reading in an Ideological Age* 122 (1996)。

经成了家人的负担，而这个事实给他带来了极度的空虚感，但他无法通过他们的眼睛看到自己，而且他心底里也无法接受自己改变了的外表。

我们都有格里高尔的问题，只是没有那么严重罢了。我们无法让别人完全理解自己的渴望，也无法让我们的自我看法同别人对我们的看法协调起来。而且，从另外一个角度看格里高尔，即从他家人的角度，我们永远无法穿透另一个人的外表进入他的精神世界。生活仍在继续：格里高尔的妹妹正苏醒的爱情生活、《一位饥饿艺术家》中狂欢的经理和顾客们的生活以及《判决》（*The Judgment*）中过路人的生活都在继续，但对一个同我们一样的人的精神生活完全地、让人吃惊地漠然。《变形记》中的其他人物——格里高尔的家庭成员、清洁女工、书记员以及房客——不但被描写为普通人，而且更为具体地说是被描写为没有神经的人，他们被定义（而且稍微有些嘲弄）为没有精神的人，但依然是嫉妒的对象（就像《一位饥饿艺术家》中的豹子），并且同有丰富、痛苦并且绝望的精神生活的神经质的人进行对比，而格里高尔那奇异的外在形式只是这种精神生活的投射。健康美丽的人，即尼采的主人或金发碧眼的野兽，并不思考，思考是怯懦者、天生的奴隶——那些因为没有爪子就认为自己是好人的人——用来表达他们权力意志的方式。[8]

在卡夫卡的另外一部伟大短篇小说《判决》中，格里格（Georg）是一个为父亲工作的年轻人，他为一个多年前出国寻求商机但结果不好的、没有指明姓名的朋友感到内疚（只有少许幸灾乐祸的味道）。尽管他担心朋友会因为受到邀请而产生嫉妒，但最终他还是决定邀请这位朋友参加自己的婚礼，这时，被他恶毒、发狂

187

[8] Friedrich Nietzsche, *Thus Spoke Zarathustra: A Book for All and None* 199 (Pt. II) (Walter Kaufmann trans. 1966).

的父亲突然、毫无根据地指责格里格多年来一直在欺骗这位朋友。这是他的父亲在说话：

> "现在你以为自己已经把他压下去了，压得这么低以至于你可以把屁股放在他身上，坐在上面，让他动弹不得，然后我的好儿子就下决心要结婚了！"……
>
> "因为她掀起了自己的裙子，"他的父亲开始以长笛般的声音讲话，"因为她像这样掀起了自己的裙子，这个下流的东西……因为她像这样掀起了裙子，并且因为你这样讨好她，并且为了对她放肆行事不受干扰，你就玷污了你母亲的记忆，背叛了你的朋友，并且把你父亲扔到床上让他没法活动，但是他可以活动，是不是？"
>
> 然后他没用什么支撑就站了起来，并且把双脚踢将出去。他的洞见让他变得精神焕发。（页 85）

最后父亲——他仍然直立在床上，一只手撑在天花板上以保持平衡——对儿子说，"我判你在水里溺死！""父亲倒在他身后床上的声音……仍在耳边回响，"格里格就冲出去把自己溺死了。当他从桥上跃下时，他"低声喊道：'亲爱的父母，我一直都爱你们，一直都是，'然后就落了下去。在这个时候，永不停息的车水马龙正在桥上穿行"（页 87－88），这就是故事的结尾。

因为格里格的朋友、一个一直盘旋在故事里的幽灵，是一个并不成功的生意人，所以韦斯特认为这个故事是有关资本主义的。这导致韦斯特相当刚愎自用地论证说，格里格自杀是因为"他自我强加的同［他朋友的］痛苦分离"所造成的罪恶感（页 410；也请看页 411），所以韦斯特是同故事里的父亲站在一边的。文本并不支持她的解释。如果说这个故事不是关于俄狄浦斯情结、卡夫卡同自己父亲的关系、敏感的孩子们眼中成年人的样子或者卡夫卡为什么

188

没有结婚,[9] 那么它就是关于内疚感、关于起因和结果之间的不对称、关于超现实的事物、关于生活的不公平、关于人们倾向于接受别人对自己的评价、关于极为敏感的人们对现代生活的断裂感、关于别人对我们的精神骚动漠不关心——不但包括桥上的过路人,而且还有格里格的朋友,他显然根本不知道,格里格努力避免他因想起自己商业上的失败而忧伤。这个故事甚至可以被认为是《审判》(它写成要晚些)的写作提纲,所以直接引到了法律与文学这一页。尽管受到了起诉、定罪并被判处死刑(*Das Urteil*——这个短篇小说的题目——意思是法律上的决定或处刑意义上的"判决"),但是格里格像《审判》中的约瑟夫·K一样,没有做过任何犯罪的事情,他也无法让"裁判庭"听取自己所说的话。最后,请注意这个故事使一个主题具有了讽刺意味,即要求法官判处自己儿子死刑的主题。

尽管卡夫卡的小说中出现了商业交易,但是商业交易远不是小说的中心。刑罚殖民地的折磨机器并不是一个资本主义情节;K因为莫须有的指控被捕也不是。卡夫卡看起来并不是一个浪漫主义者,他不认为人们只要能够摆脱市场和其他社会制度的魔爪就能获得幸福,尽管在《变形记》当中有一点这方面的线索,而在《一位饥饿艺术家》中有一条很显著的浪漫主义的思想线索——天才的孤寂、艺术家同人类群体之间的异化。着迷于政治的人可以很容易在卡夫卡的小说中"找到"政治含义而不顾这种莫名其妙的文本所营造的微弱抵抗。但是一种解释越是具有特异性,它就越是难以从作者那里得到支持。如果卡夫卡让罗宾·韦斯特想起了她有多么地不

---

[9] 按照这种解释,卡夫卡的世俗自我是由格里格象征的,他订了婚(就像卡夫卡订了好几次订婚一样),世俗自我死去是为了格里格的朋友(他代表了卡夫卡写作的自我)能够从失败和放逐中得到解救,请看 Ronald Gray, *Franz Kafka* 61–65 (1973).请对比 Kurt Fickert, 'Kafka's Addenda to ' In der Strafkolonie,' " 22 *University of Dayton Review* 115 (1993).我本身并不倾向于对文学进行生平的解释,原因我将在下一章中解释。

喜欢资本主义，从而刺激她对资本主义进行了批判的反思，那没什么问题，但是她不应用卡夫卡的声誉来包装自己的批判。

我并不认为伟大的文学作品永远不能被用于社会实用。当威尼189斯公爵问夏洛克他为什么愿意要一磅没有价值的肉而不是一大笔钱时，夏洛克使用了自由主义理论的老生常谈来回答——即价值的主观性。他解释说，价值是由支付的意愿决定的，而支付的意愿是每一个个人的偏好和资源的函数，而不是由外在的、客观的或政府确定的价值或功过所决定的（第四幕第一场，行 42 – 59）：

> ……那我可没有什么理由可以回答您，
> 我只能说我喜欢这样，这是不是一个回答？
> 要是我的屋子里有了耗子，
> 我高兴出一万块钱叫人把它们赶掉
> 谁管得了我？这不是回答了您吗？
> 有的人不爱看张开嘴的猪，
> 有的人瞧见一头猫就要发脾气……
> 为什么有人受不住一头张开嘴的猪，
> 有人受不住一头有益无害的猫……
> 这些都是毫无充分的理由的
> 所以我不能举什么理由，也不愿举什么理由。*

夏洛克通过引证契约自由和法治为自己的立场进一步辩护，并且暗示说，拒绝他对一磅肉的主张会是再分配，是社会主义（第四幕第一场，行 90 – 102）：

---

* 中译文引自，朱生豪译，方平校，《威尼斯商人》，载于《莎士比亚全集》（三），人民文学出版社，1978 年，页 71 – 72。——译者

你们买了许多奴隶，
把他们当作驴狗骡马一样看待，
叫他们做种种卑贱的工作，
因为他们是你们出钱买来的。我可不可以对你们说，
"让他们自由，叫他们跟你们的子女结婚！
为什么他们要在重担之下流着血汗？让他们的床
铺得跟你们的床同样柔软……" 所以我也可以回答你们：
我向他要求的这一磅肉，
是我出了很大的代价买来的；它是属于我的，我一定要把
它拿到手里。
您要是拒绝了我，那么你们的法律去见鬼吧！
威尼斯城的法律等于一纸空文。*

而在这一辩论中，作者没有预期观众同夏洛克站在一边！文学中有很多出众的作品可以找到对资产阶级价值观的批判，但是卡夫卡的小说却不在此列。

为古典自由主义辩护

但是，出于辩论的目的，让我现在同罗宾·韦斯特一样假定，卡夫卡的作品应该被从字面上解读为有关企业家、自杀等等的小册子。当这样解读时，它们就资产阶级价值观以及基于其上的法律秩序告诉了我们什么呢？什么也没有。卡夫卡的作品并不像 19 世纪的社会小说那样具有现实主义风格；当进行字面解读时，它们对当代美国生活所提供的洞见就像德拉库拉（Dracula）或《一桶西班牙

* 同上注引书，页 73。——译者

白葡萄酒》（*The Cask of Amontillado*）* 一样少。（或者韦斯特会不会认为德拉库拉伯爵是吸血鬼式资本主义的象征呢?）但是，可能她的论点具有讽刺意味——即经济学家们对于人性的概念是如此地不现实（这是一个常见的观点），以至于，即使是字面的卡夫卡，即“卡夫卡式的”卡夫卡，也要比经济学家更为现实，甚至卡夫卡的最为奇异的人物——例如《刑罚殖民地》中的那个军官——也要比一架算计的机器具有更可辨认的人类特征。实际上，《刑罚殖民地》是这样地独具匠心，以至于一个拷问者象征了遭受苦难的人类。

确实，在法律经济分析中遇到的大多数窃贼、配偶、诉讼当事190人、路人、侵犯者、救人者以及其他非市场的行为者并没有有意识地进行成本收益分析，但是大多数消费者也没有有意识地最大化消费者的剩余，而且大多数商人也不是有意识地让边际收益等同于边际成本。经济学中的理性选择并不是指自我有意识的经济选择，甚至不是指有意识的选择，更不是用经济学的学术语言而不是日常商业或其他生活语言来表述的选择了。经济学关心的不是思想状态，而是人们所做的事情。

但是，让我们忘记这些，并且假定，韦斯特的卡夫卡给出了一系列正进行交易的真实人物实例。这样，我们同卡夫卡的小说就远没有进行任何有意义的交锋，她把这些小说当作揭发丑闻的新闻报道，这是过于猛烈的简化主义，但这就是韦斯特的方法，并且让我们看一看它会把我们带到哪里。

她把自己所有的例证都归集到一起，放在那些“让人们情况恶化的自愿交易”的标题之下，从而模糊了令当事一方或双方失望的表面的自愿交易的道德区别。她的一些交易例证的是市场失败，所以其实并不是自愿的，而其他交易实际上是自愿的并且在事前（事

---

* 美国作家爱德加·阿伦·坡（Edgar Allan Poe）（1809－1849）的作品。——译者

实出现之前）是能够增大幸福的，结果却因为人们无法预测和控制未来而变得不好，剩下的交易则完全不存在问题。

第一组是韦斯特自己虚构的创造物——一个贪吃的番茄消费者[10]——以及那位饥饿艺术家，他有韦斯特限定的那种卡夫卡的字面层次上的厌食症。（饥饿艺术家在临死时说过，“我必须绝食，我没有办法……我找不到自己喜欢的食物。”页 277。）贪吃症和厌食症是精神疾病，并且我们不能预期一位精神病人能够作出令自己最为满足的食物选择；我们也不能预期一个因为父亲对自己说“我判你在水里溺死！”就去自杀的人会理性地行为。但是，让我们不要这么快就断定作出诡异、甚至自虐选择的人就是精神病。非个人化的市场交易能够保护隐私和自由；韦斯特并不一定要进行精神病检查才可以买西红柿。

市场并不总是运作得像我们预期的那样好，即使当消费者有能力时也一样。一个例子是，一位妇女碰到一个能够控制自己丈夫工作的男人的性表示。实际上韦斯特误解了《审判》中 K 同那个洗衣服妇女的遭遇，上面的例子就来自这里。在他们谈话时，那位妇女看到了一位法学院学生，我们被告知了很多次，他有朝一日会成为一个大人物。她朝那个学生走过去，他开始亲吻她，K 过来干涉，但是那个学生抱起那位妇女走开了。然后 K 攻击学生，但是那个妇女告诉 K 住手，因为那个学生只是在按照预审法官的命令行事。那个学生累得大声喘气，抱着她上了法院的房子里的一个楼梯。“那个女人对站在下面的 K 挥了挥手，并耸了耸肩，表示她对这次绑架没有责任，但在这个哑剧表演中几乎看不出什么遗憾……他被迫得出结论说，那个女人不但出卖了自己，而且她在说自己正

191

---

[10] 他“每一天……购买 12 个西红柿、吃掉 5 盘意大利面条、并且全部反胃，从而破坏了他的消化道”（页 401）。这个例子的目的是要证明，即使最为简单的消费行为都充满了潜在的灾难。

被抱到初审法官那里时也是在撒谎，初审法官肯定不会坐在一个顶楼里等着。”[11] 这并不像韦斯特认为的那样是在描写非法利用妇女。K更喜欢相信，那个妇女对法学院学生的顺从是受强迫的行为，但他渐渐地意识到这不是真的，他认识到她和那个学生是在同自己玩耍。K，而不是那个妇女的丈夫，才是这个事件的受害人。《审判》中几乎所有的强迫都是K头脑里的强迫。

韦斯特把小说中鞭挞的场景解释为对雇佣关系的评论，这种解释让我觉得缺乏幽默感并且很迟钝。（这两点是相互联系的。卡夫卡是个幽默的作家，尽管他的幽默感是恐怖的。）K打开他银行的一间储藏室的门，发现之前逮捕自己的官员正因为在逮捕过程中偷了自己的内衣而受到鞭打。[12] 场所、理由、拿鞭子人的装扮以及K的反应传递了一个虐待狂的梦境印象，可以认为这是整部小说的一个缩影。雇佣关系的背景——那些官员们是因上司的命令而挨打——只是附带的，[13]把这个场景作为制订工作地点公共政策的依据，会是很荒谬的。

192

让我们回到那个法学院学生同洗衣妇女之间的事件，假定卡夫卡确实是试图描写经理们进行的性骚扰。这种骚扰（不管是针对女性雇员，或是像在《审判》中针对男性雇员的妻子）并不像韦斯特看起来认为的那样在经济上是有效率的、从而证明了帕累托原则在道德上的不足之处。上级对下级的性骚扰是一种由经济学家所称的“代理成本”引起的市场失败。它是一种强取，不是双方自愿，并且是没有效率的，因为它降低了雇员和经理的产出，并迫使雇主给雇员支付更高的工资来补偿他们所遭受的令人不快的工作环境，就

[11] Kafka，上注〔5〕，页74。

[12] 同上，页6，103－106。

[13] 有关不错的讨论，请看Gray，上注〔9〕，页112－113；Henry Sussman，“The Court as Text：Inversion，Supplanting，and Derangement in Kafka's *Der Prozess*，” 92 *Publications of the Modern Language Association* 41，43（1977）。

像当工作环境有疾病或者伤害危险时雇主们被迫做的一样。[14]雇主可不可以通过支付经理更少的工资来抵消这些附加成本，其理论基础是，雇主已经给了经理有价值的许可，使经理可以骚扰女雇员？换句话说，骚扰者的收益是不是可能会超过受害者的成本？这不大可能。至少在我们的社会里面（但是，韦斯特感兴趣的是我们的社会而不是奥匈帝国的社会），性骚扰对骚扰者来说一般是一种有犯罪感的小小的快乐，但对被骚扰者来讲则是痛苦和愤慨的来源。因为在快乐和痛苦之间存在不对称，也因为经理的数量要少于雇员的数量，并且经理中大多数人并不想性骚扰自己的下属，所以减少经理的工资不大可能完全补偿雇主为补偿女性雇员受骚扰的风险而支付的更高工资，也不能完全补偿雇主因（把自己的时间分别用于进行和防御或者顺从性骚扰而不是工作）经理和雇员生产力降低所遭受的损失。而且，如果性骚扰很普遍，那么较为不敏感或者较为顺从的妇女就会拥有一种比较优势，她们会更慢辞职并且会更快得到晋升。没有什么理由可以认为她们是更好的雇员，所以雇员的工作安排会没有效率，这就像晋升基于裙带关系而不是基于成绩一样。

性骚扰没有效率，这个事实并不意味着竞争和获利的动机可以不用法律的任何帮助就消除性骚扰。发现和证明性骚扰的成本很高，而且，不论如何，并不是市场上的所有潜在效率都会得到实现。大多数商业经理是男性，而他们对性骚扰问题的评价并不像无性别的机器人那样清晰——尽管那些确实清晰的人同自己的竞争者相比会成本更低，并且可以逐渐取代自己的竞争者。性骚扰在工作

193

---

〔14〕雇员会因为承担身体受伤害或死亡风险而要求并且得到额外工资，这一点有很多文献。请看，例如，Richard Thaler 和 Sherwin Rosen, "The Value of Saving a Life: Evidence from the Labor Market," in *Household Production and Consumption* 265 (Nestor E. Terleckyj ed.1976); W. Kip Viscusi, *Risk by Choice: Regulating Health and Safety in the Workplace*, ch.3 (1983); Jean-Michel Cousineau, Robert Lacroix, and Anne-Marie Girard, "Occupational Hazard and Compensating Wage Differentials," 74 *Review of Economics and Statistics* 166 (1992).

场所持续存在的主要原因（尽管它有着双重非合意的性质，在妇女方面是非自愿的，这是“骚扰”这个词所隐含的意思，并且对于雇主来讲是一种没有受到完全补偿的成本）可能是因为在实践中，性骚扰常常很难与同事之间的正常调情区别开来。雇主区别这些外表相似的行为的成本可能会超过较低的工资和更高的生产率所带来的收益。雇主可以禁止工作场所的一切亲近行为，从而消除这种区别的需要，但这会极大地提高寻找性伴侣和婚姻伴侣的成本。

这一分析既不证明性骚扰是自愿的做法（也就是说，是同意的做法）也不证明它是价值最大化的——它两者都不是；它是对市场的滥用。偷窃雇主并不是自愿的或财富最大化的交易，即使雇主无法阻止这种偷窃。

韦斯特处理性骚扰的方式的另外一个奇异之处是，她把性骚扰同资本主义联系在一起，而不是把性骚扰同一般权力联系在一起。没有理由可以认为私人利润最大化的公司里的性骚扰要多于军队、其他政府机构或者非盈利机构。如果说有什么不同的话，那就是我们会期望，极端竞争环境里的利润最大化公司中的（其他条件相同）骚扰数量会最少，因为这些雇主会受到最大的压力来消除自己企业中的没有效率的做法。

韦斯特说：“卡夫卡的虚构人物身上发生的大多数事情是完全合意的”（页390）。这一表述不仅忽视了格里高尔变成一只甲虫时他身上发生的事情以及K被捕时K身上所发生的事情，而且也认为，在精神疾病影响下所做的决定或被迫作出的决定具有有意义的同意。韦斯特文章结论中所列举的“完全合意”交易中（页427），有很多根本就不是合意的，而且，其余的交易是否合意也不清楚，因为读者未被告知是否存在补偿。根据定义，一个妇女当然不同意强奸，但一个雇员是否同意在危险环境中工作，则要取决于他是不是为此收到了补偿或是被骗这么做的（危险可能被掩盖了）。对欺诈和胁迫进行的经济分析并不认为被欺诈或被胁迫的选择是合意

的，相反，它告诉我们，欺诈、胁迫、无行为能力以及某些情况下的错误都允许作为针对违约诉讼的辩护理由，以取消对无效率交易的法律保护。

194

同意在危险环境中工作看起来可能与同意为一个认为成本太大因此无法防止经理性骚扰的雇主工作很类似，所以读者可能怀疑我为什么会把性骚扰称作市场失败的一个来源。原因是，尽管雇主在这两种情况里可能都无可指责，但是在第二种情况（骚扰）里总是存在一个可以指责的行为者，而在第一种情况（危险）里却常常不存在。一个工作场所存在危险的原因可能超出任何人在合理成本下控制或避免它的能力，但性骚扰像谋杀和盗窃一样，只有存在作恶者时才会发生。工作场所的危险也可能是因为存在着不正当行为——因为疏忽大意，或者更糟，但不必然如此，并且，当不是这样时，在一个对危险事先充分知情的雇员受到伤害的情况下，没有任何人是可以指责的。

在韦斯特反对合意交易的伦理意义的论证中，第二个证据是困难或有风险的选择，例证包括我的危险工作环境的例子，以及韦斯特的同性恋例子：尽管感染艾滋病的风险很高，但这个同性恋仍然继续光顾同性恋澡堂（同时拒绝使用，或拒绝坚持让自己的性伙伴使用避孕套）。[15] 如果同性恋像贪食症或厌食症一样被认为是一种精神疾病，那么这种情况就可以被归入第一组。如果不是（大多数精神病医生都持这种观点），那么同性恋者面对的则是不好、但却并非不常见的选择：生活方式还是预期寿命。韦斯特可能认为，既然性是本能的需求，那么它影响的所有选择就不是自由选择。但是

[15] 像我也会做的一样，韦斯特从经济的角度对同性恋行为中最有问题的方面进行了抽象：即，一个让自己承担染上传染病风险的人同时也在给其他人强加风险，即那些可能会被他传染的人，所以是在创造一种“外部成本”，这种行为即使是在自由放任的国家理论之下也是可以进行管制的。澡堂的例子有些过时，但是不安全的性行为仍然是传播艾滋病病毒的一个主要因素。

人类的大多数选择都受根植于本能的偏好和反感影响——生存的本能，繁殖的本能，这些选择中很多都含有风险。如果任何基于我们"动物本能"的危险选择会因此招致政府干预，那么韦斯特就必须用管理动物园作类比来考虑政治管理问题。[16]

195

不但如此，除非我们相信选择在纯粹哲学意义上是自由的，那么所有选择都可以说是"被迫的"或者"非自愿的选择"。如果我想要工作但只有一份工作机会，那么我除了干这份工作以外"别无选择"。这种强迫可能同一个持枪抢劫犯对我大喊"拿钱来否则要你的命"时一样大。选择把我的钱给那个抢劫犯被认为是被迫的而另一个选择不是被迫的理由是，如果消除了这种类型的表面"自愿的"交易（抢劫），社会作为一个整体显然会变得更好，而我们对另一个例子就没有同样的信心，因为，如果法律禁止"差的"工作，那么人们找不到"好"工作时又该怎么办呢？或者考虑一下脊柱融合术的手术情况，其意图是要减轻脊椎疾病的巨大痛苦，但这种手术可能会导致瘫痪。一个被完全告知手术风险的病人是不是应禁止他同意手术，因为他将在不确定情况下进行选择？如果，比方说是在疼痛压迫的情况下，病人选择了手术并且瘫痪了，那么这是不是就证明他没有选择的自由？是不是就证明这种选择应该只能由医生作出或只能由国家作出？是不是就证明应完全禁止有风险的手术，这样就不再会出现需要选择的情况了？

韦斯特写了自己的文章后，是否应该允许医生协助自杀的问题已经成为公众辩论的中心。这个问题以尖锐的形式提出了适当限制选择的问题。否认人们有选择何时去死的权利（对很多人来讲这是禁止医生协助病人自杀的实际后果），不但会让病人或垂死者遭受

---

[16] 一方面是性取向、性偏好以及性需要，所有这些都是性的生物学的一个方面，在另外一面是性行为，这是有意识地选择去做或是不去做的问题，这两个方面之间的区别对于性的经济分析是最为基本的。请看拙作 *Sex and Reason*，ch.5（1992）。

痛苦；它实际上还可能增加自杀的数量。因为，一些人会预计自己病情恶化后没有帮助就不能自杀，这时他们就会自杀；相反，如果他们能放心地知道自己以后在必要时可以得到帮助，那么他们就有可能在等待过程中康复或者改变想法。[17]但是，自杀的禁忌，以及人们害怕会被无情或只顾自己的亲属或忙碌的医生逼迫同意结束自己的生命，而其实病人并不想这样做，这两点都会对医生协助的自杀产生不利影响。在这一领域或者其他出现了选择自由难题的领域中，比如是否允许代孕母亲背弃自己在孩子出生后放弃孩子的许诺，以及是否允许人们出卖自己的器官，这些选择是否应该受到尊重，对这个问题都没有明显正确的答案。如果想明智地回答这些问题，那么其中的每一个问题都要求细致的探究和分析，而不是对同意的含义和意义进行一般性反思。

不确定情况下的选择并不限于我所讨论的悲剧性选择。如果卡夫卡的故事被从字面上解读为针对一个每况愈下的行业所作的市场报告，[18]这个故事就是饥饿艺术家没能正确预测消费者的偏好，他发现自己被一头豹子取代了，就像一位喜剧演员可能发现，大众转而喜欢上一只会说话的猫了。在某种比喻意义上，每一个失败的企业家都会“饿死”，但是，如果他人睁着双眼选择从事企业，那么我们一定要为他感到难过吗？我们会不会为一个买了彩票却没有中奖的人感到难过？我们为卡夫卡的饥饿艺术家感到难过，并不是因为消费者的偏好发生了出人意料的变化。卡夫卡并不是仅仅想让我们为那位饥饿艺术家感到难过，他也想让我们同情他并且嘲笑他。毫无疑问，在《变形记》当中，作者意图让我们从格里高尔的视角

196

[17] 请看拙作 *Aging and Old Age*，ch.10（1995）.

[18] 这并不是一个完全荒谬的观点。在卡夫卡的时代里，甚至一直到1956年，在欧洲大陆上确实存在着“饥饿艺术家”。Breon Mitchell，“Kafka and the Hunger Artists，” in *Kafka and the Contemporary Critical Performance: Centenary Readings* 236（Alan Udoff ed.1987）；Meno Spann，*Franz Kafka* 191 n.1（1976）.

以及他家人的视角来看他——为他感到难过，并对他感到厌恶。卡夫卡的艺术令人动容，但不多愁善感，它具有一种莎士比亚式的不偏不倚，而道德化的批评者们很难理解这一点。

韦斯特并不理解承担风险的社会功能。假定你是一个不想承担价格波动风险的农民，因此你想在粮食收割前就以固定价格将其售出，换句话说，你想规避风险。为了这样做，你就必须找到一个愿意投机的人——一个喜欢承担风险的人。这个人越是喜欢风险，他因为承担风险而要求你支付给他的补偿费用就越少，他甚至可能会付给你钱，请你把价格波动的风险转移给他。这样，投机就使规避风险变得容易，它也通过把更多的人——在生产者和消费者之外还有投机商——带入市场从而降低了价值的不确定性。在市场很清淡的情况下，市场价格可能并不是市场价值的很好预测值；投机商会使市场变得更为活跃。

一个人买彩票时承担的风险有些与众不同，因为这种风险没有得到金钱补偿。彩票的成本超过了预期收益（你中奖时的奖金乘以中奖概率）。彩票会吸引那些喜欢风险或不确定性的人，吸引绝望的人（如果你除非买彩票中奖就会饿死，那么你把自己的最后一美元花在彩票上就有道理），吸引不会计算概率的人，吸引相信自己运气的人，吸引傻瓜，吸引做白日梦的人。与此相反，在你购买一家大量举债经营的公司的股票时，或者从事一种像演出一样充满风险的职业时，或者同一个自己并不确信了解的人结婚时，你所承担的风险是补偿过的风险；你从事这种风险活动是因为，对你来讲净预期收益是正值。如果你最后失望了，那这就是你所承担的风险；并且，如果那个选择在事先看来是好的，那么我们就不必听你事后发牢骚。我们同情你，但是你的困窘是你自己造成的，不能构成一个令人同情的论证说服政府动用力量把你保出来。政府就是强制。从节俭的人、谨慎的人、储蓄的人那里强迫把财富转移给一个睁着眼睛承担金融风险的人，这在实际或者道德立场上都很难证明是正

197

当的，不负责任的人、不计后果的人、疏忽大意的人、慷慨大方的人、类似于哈姆莱特和巴萨尼奥的人、那些把登山宝训中像小鸟一样生活的训诫当真的人——与一般的工商管理硕士相比，这些人可能更招人喜欢，但是他们没有对纳税人提出道义要求的权利。

还有一个更为深刻的观点。我们的承诺能够放弃自己的自由，也可以增加自己的自由，这就是承诺的矛盾律。能够让人们作出具有拘束力的承诺的那些法律使那些本不存在的选择成为可能，如果彩票失败者总是可以把购买彩票的钱要回来，那么就不会有博彩，所以也不会有彩票中奖的人。如果代孕母亲不能有拘束力地承诺在孩子出生后放弃孩子，那么她就无法缔结代孕合同，或者只能得到较低的合同价格。如果我作了具有法律拘束力的承诺，付钱给一个建筑商，请他为我建造一幢房屋，我就是扩大了自己的自由，因为，如果没有这个承诺，那么除非我预先为房子付款，否则我就没法建房，而且，建筑商无法使我同意预先支付，除非他能够承诺他能建成房子而不会加价。

一个选择可能会要求我们作出承诺，这个事实并没有使选择变得虚幻。一个选择可能是两恶取其轻，这个事实也没有使选择变得虚幻。一个缺乏高度畅销技能的人所拥有的选择范围会很窄；他所能得到的最好工作可能大大次于其他劳动者的工作。可行的选择范围总是有限的，但这并不等于说，不应允许人们在自己可能的选择范围中进行选择，也不是说他们作出的选择缺乏真实性，仅仅因为其他人的选择范围更广泛。社会越是富裕，大多数人的选择范围就会越大。除非一个社会允许人们作出对自己来讲结果可能不好、但具有拘束力的承诺，否则这个社会不会变得富有。

198 自由不是乌托邦，也不会防止在韦斯特编辑卡夫卡虚构世界中表现得如此显著的饮食失调和“不良性行为”（bad sex）（页390）。只要恶还存在，那么两恶取其轻这种需要就会继续存在。通过诋毁

这样的选择，韦斯特把自己确定为一个乌托邦空想者，[19]认为“社区的未来不仅取决于政治的甚或是革命的行为。它也取决于我们摆脱我们的现在、并且想像其他理想世界的想像的、理性的、精神的和道德的自由”。[20]她指出，女性常常在自己并不想要的情况下同意性行为，并且反问道，“为什么她就可以在她不想要时进行性行为，而他在自己想要时不进行性行为就不行?”[21]或者是她不理解物物交换，或者在乌托邦里，男人的性需要同女人的性需要才会变得完全一样。

在精神病人无行为能力的选择与困难的选择之间是上瘾的情况。一个酗酒者放弃了他自由的一个重要部分，并且可能看起来没有得到什么回报。但是，禁止人们成为酗酒者的做法会侵犯他们选择一种特别的、如果说在有节制的人看来令人恶心的生活方式的自由。如果成为一个酗酒者或者其他形式的上瘾者，这种选择是在信息不完全的情况下作出的，或者对第三方来讲含有未经补偿的成本(例如，酗酒驾车所引起的交通事故)，那么它就不是帕累托意义上的“自由”选择，并且这可能是典型的上瘾情况。但是，它是追求一种不自由生活的选择，这个事实并没有使选择本身变得不自由，它是要求承诺的选择的又一个例子，而且像我所指出的，这种选择在本质上并不是不自由的。

在上瘾与困难选择之间是我们所有人都间或作出的那些愤怒

---

〔19〕 她很骄傲能够戴上这个标签。West, “Law, Literature, and the Celebration of Authority,” 83 *Northwestern University Law Review* 977 (1989).

〔20〕 West, “Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Ananlysis of Modern Legal Theory,” 60 *New York University Law Review* 145, 202 (1985) (作为第7章重印于她的书 *Narrative, Authority, and Law*, 上注〔1〕).

〔21〕 West, “Legitimating the Illegitimate: A Comment on ‘Beyond Rape,’” 93 *Columbia Law Review* 1442, 1456 (1993).

的、冲动的、难以抑制的、"非理性的"选择。[22] 这种行为是不是应该认为是"自由的"，这是一个深奥的哲学问题。但是，因为这些行为深深地根植于人类天性之中，所以不大可能因改变了经济体系，或因为许可政府防止个人作出怎样生活的决定而改变这种行为。政府官员不能避免私人个人的弱点。我们承认政府对个人选择的干预存在着程度上的差别，资助帮助人们戒烟的诊所并不像禁售香烟那样具有侵犯性，但是支付这种资助费用所需的税收会在前面提到的功能意义上减少自由。更高的税收会减少人们可能选择的范围，那些设计用来减少人们作出坏选择的政府计划最终可能会减少人们选择的数量，事实就是这样。

在韦斯特版的卡夫卡虚构世界中，即使是最没有问题的选择也很困难，因为这个世界的居民不喜欢选择，他们渴望服从权威。要是大多数美国人都这样的话，我们就必须重新思考我们国家信奉的自由市场和民主政府。但是卡夫卡小说中的人物并不是典型美国人，[23] 他们反映了他们的神经质的创造者以及卡夫卡作为一个生活在奥匈帝国暮年、解体和混乱时期（卡夫卡死于 1924 年）讲德语的捷克犹太人的历史背景，他们有着一种超乎寻常的顺从性。不但格里格·本德曼、格里高尔·萨姆沙、约瑟夫·K 以及《在法律面前》中的旅行者是这样，而且卡夫卡的另外一篇短篇小说《拒绝》中的居民们也是这样，他们在自己因请求豁免过于沉重的法律遭到

199

---

〔22〕从最不自由到最为自由进行排列，我所考虑的不同种类的选择是：精神失常的人的选择，瘾君子的选择，正常人偶尔作出的"非理性"选择，困难的选择（例如，在一个不好的工作与没有工作之间作出的选择），以及容易的选择（比如偏好风险的人选择承担风险）。

〔23〕顺便提一句，这看起来是卡夫卡自己的观点，至少我们能够从《亚美利加》中判断出来的是这样。尽管极其不精确（这很难说是一桩怪事，因为卡夫卡从来没有到过美国）——例如，他把自由女神写成是拿着一把剑——但是这部小说确实让人们感觉到美国是一片有着无穷机会和无限精力的国土。

拒绝时感到释然。

《拒绝》的背景是一个巨大军事帝国中一个无足轻重的城镇。这个城镇远不是边疆，也远不是首都，它仅仅是一块穷乡僻壤。一个收税官和恐吓居民、面目狰狞的士兵代表着政府，收税官有上校军衔，并且实际统治着这个城镇。这个城镇的公共生活仅限于上校收到请求免税、或请求许可以较低价格在帝国森林里伐树、或请求其他特权或要求免除义务的请求书。当这些"情况出现时，上校会笔直地站着，在自己面前伸出双手、举着两根竹竿。这是一个古老的习惯，或多或少地［*etwa*——"接近于"］暗示着他支持法律，并且法律也支持他"（页266）。请求总会遭到拒绝，并且，当这发生时，"一种无法否认的释然感会穿过人群……没有这种拒绝，人们就过不下去，但同时，这些设计用于接受拒绝的官方场合却决不是一种过场。人们一次又一次满怀希望地、充满虔诚地到那里去，然后归来，如果说不完全是变得更为坚强或高兴，却绝没有失望或疲倦"（页267）。只有年轻人——那些处于17岁和20岁之间的人——才对这些拒绝感到不满。

对权威的渴望、对改变的惧怕以及受虐狂似的顺从都让人感到触手可及。在上校拒绝免除法律责任的行为中，我们可能会感觉到对"法治而不是人治"这个主题的讽刺性评论；可能这位上校（描写是这样的：他听请求书时就像青蛙一样呼吸，并且在发出判决后会跌坐在椅子上）是特尔斐城*先知或希伯莱预言者的发育迟缓的后裔；可能他是卡夫卡的父亲——或者在某种模糊的、令人不安的意义上是我们所有人的父亲。居民们在请求被拒绝时的释然让我们想起了《荒原》中那些害怕生活、感情麻木的居民（并且这首诗的引语记录了一位先知的遗愿）。《拒绝》是1920年写成的，早《荒原》两年，它们都是声名显赫的文学作品，但也是时事性的作品，

200

* 特尔斐城是位于希腊中部的一座古城，曾是著名的阿波罗先知所在地。——译者

分别由一个垂死者在第一次世界大战后的混乱中写成和由一个处在精神崩溃恢复期的人写成。

韦斯特论证说，在另外一部晚期小说《我们法律的问题》中，“卡夫卡直白地描写了他对自然法和法律权威，以及对法律权威所依赖的合法化手段的观点。卡夫卡告诉我们，法律的权威最终不是由暴力维持的，而是由被统治者对由合法、‘高贵的’权威进行判断的渴望维持的”（页422）。这篇两页纸的寓言描述了这样一个社会，法律成了统治这个社会的一小撮贵族的秘密，所以人们开始怀疑，我们怎么知道确实存在着任何法律呢？一些人的结论是，惟一的法律就是贵族们所做的事情。大多数人都不同意这个观点，相反，他们努力在贵族的行为中寻找秘密法律的线索，并希望能够最终理解法律——他们相信那时贵族就会消失了。

人们的顺从和消极支持了韦斯特的解释，但这篇寓言却不是“直白的”，例如，我们可能会把“贵族”解释为“司法机构”，并把《我们法律的问题》解释为一个关于法律形式主义与法律现实主义或是关于自然法与实在法的寓言。在某种意义上，法律就是法官们的秘密，因为在他们说话之前，人家并不知道法律的细节。现实主义者或实证主义者认为，在法官决定背后的“法律”是一种幻影，对他来讲，法律仅仅是基于过去的判决对法官面对一个具体案件时可能做的事情所进行的一种推测，所以在判决本身之外没有什么东西可以被认为是法律。形式主义的或自然法的法律人（其观点尽管有争议却仍然控制着卡夫卡寓言中的社会）固守着一个信念，即存在着一些决定着法官判决的持久一贯的原则，并且，只要有足够的洞察力，我们就可能发现它，甚至可以不需要法官。

在卡夫卡的其他作品当中可以找到这种信念的线索，包括一篇只有一页纸的精彩寓言《新律师》，它的开头是“我们有一位新律

201

师，布赛佛勒斯*博士。他的外表很少会让你想起他曾经是马其顿王国亚历山大大帝的战马"。但是，他在法院门前"登上大理石台阶"时的"高雅姿势使台阶在他脚下震颤……一般来讲，律师协会允许布赛佛勒斯执业。人们的洞见令人吃惊，他们对自己说，现代社会是这个样子，所以布赛佛勒斯的处境很艰难……在今天——这无法否认——并不存在亚历山大大帝……所以，像布赛佛勒斯那样，让自己全身心沉浸在法律书籍中，这种做法可能是最好的"(页414－415)。这仅仅是对英雄式人物从现代生活中消失（就像在《审判》中天国降临到了阁楼里的法院）所作的讽刺性评论吗？寓言的最后一句话让我感到怀疑："在寂静的灯光中，两肋不再被骑马者的大腿夹着，远离并且没有了战争的喧嚣，他阅读和翻阅着我们古代的巨著"(页415)。布赛佛勒斯就像《我们法律的问题》中的人们一样相信自然法的存在，他认为，如果他足够仔细地阅读古代巨著，他就可能发现一些值得自己继承的东西，只不过他要比那些人更为高贵、更有进取心。但是，不管他是什么别的东西，布赛佛勒斯是一匹马，所以他更多的高贵和进取心强化了读者的印象，即卡夫卡对人类潜力的评价是悲观的。

韦斯特可能受到了卡夫卡人物的消极误导，她把放弃选择基本生活条件之权力的愿望（自我奴隶制、同魔鬼的契约、安东尼奥的保证书、《拒绝》中人们的凄惨境地）混同于通过普通缔约行为服从其他人的局部和暂时指令的决定。她认为这两种决定都同自由选择不一致，但第二种决定并非如此。一个人只要期望自己作为一个雇员会做得更好，那么他就会为一家公司工作，服从层级式的指令，而不是继续当独立承包商。这种身份是自由选择的，而且，因为这种选择并不是不可撤销的，所以并不存在对自主权的根本放弃。韦斯特不会因为决定参加钢琴课就放弃了她的自由。上课并不

---

* 布赛佛勒斯，亚历山大大帝的战马。——译者

是强迫；受过教育的人实际上要比没有受过教育的人更为自由。

有关合同自由的有趣问题是，在同意的和具有充分信息的成人之间订立的、对第三方没有可察觉的负面影响的每一个合同，不管怎样脱离常规，是不是都应该最大限度地执行；有趣的问题并不是正常的商业和消费合同是否应该执行。很多特异的合同（买卖人体器官、安东尼奥的合同、决斗合同或者卖身为奴的合同）都没有或者不会允许强制执行，这一事实只能表明，强制执行的需求还没有强烈到可以引起司法行为的程度。法院不会创造新的可以强制执行的权利，因为这会让法院因负担一种新型案件而产生成本，除非对这种权利存在着可以感觉到的相当大的社会需要。

我们的社会就像所有的社会一样，并不是所有成人都完全有行为能力、有才能或者自主。除了精神病人和智力严重不健全的人以外，还有很多不高兴的和神经质的人，很多不够幸运的人，很多愚蠢的人，以及很多倾向于自我欺骗和异想天开的人。即使在正常的市场背景下，这种人的存在也使自由选择原则对韦斯特来讲很有问题。下面列出了实际中会遇到的问题：究竟存在多少这种不幸的人？怎样才能减少他们的数量？他们的数量是不是如此之多，以至于我们必须重新考虑我们对自由市场的信仰？是不是存在比市场更好的资源分配体系？同她把自己描述为一个乌托邦式思考者相一致，韦斯特对这些问题中的任何一个都没有什么话好说，但是她最大的错误是认为可以在卡夫卡的小说中找到问题的答案，尽管这些小说很杰出。乌托邦式思考者可能会让人们注意到实际的人可能忽视的问题和可能性，从而具有一些社会功能，但是卡夫卡对他们的使命不会有什么帮助。

宗教大法官和其他社会理论家

如果韦斯特真的认为美国人有着卡夫卡的虚构人物所表达的那种接受铁腕统治的愿望——如果她认为我们有着“被高贵权威审判和惩罚的愿望”（页422）并且我们为“命运”和“法律的权威结构所吸引”（页423），为“国家具有的权力和进行惩罚的权威”所吸引（页424），并且我们的世界像卡夫卡的世界一样“挤满了过于专制的人物”（页387）——那么我们就可以理解，为什么她会为一种政治哲学困扰，这种政治哲学假定人们一般有能力判断他们的自我利益。但是，如果她相信这些东西，那么她就不是居住在今天的美国世界里，而是居住在宗教大法官的世界里，宗教大法官告诉耶稣基督说，对于整个人类来讲，选择的自由是极度痛苦的来源，人们渴望像绵羊一样被奇迹、神秘以及权威牵着鼻子走。“你没有从十字架上下来，他们对你喊叫，嘲笑你和谩骂你，‘从十字架上下来，我们就相信你是神。’你没有下来，因为你不愿用奇迹征服人类，而是确实渴望得到直接给出的、而非基于奇迹的信仰。你确实渴望自由的爱，而不是奴隶们在他们永远敬畏的力量面前所表现出的卑贱的狂喜。但是你这里确实高估了人类，因为他们当然是奴隶，尽管天性上就想反叛。”[24]

宗教大法官的论证可以变成经济学词语——实际上，在他的苛评中这种暗示不只是一点点。一些人并不想要选择的责任。他们想要政府为自己作出选择，包括为他们作出经济选择。“你是否知道，时间会过去，而人类会通过其圣人之口声称不存在犯罪，所以没有

203

[24] Fyodor Dostoevsky, *The Brothers Karamazov* 236 (Constance Garnett and Ralph E. Matlaw trans., Matlaw ed. 1976).

原罪；有的只是饥饿？……最终，他们会把自己的自由放在我们的脚下，并且对我们说，‘让我们成为你们的奴隶，但是请给我们食物。’他们自己最终会理解，自由和够所有人吃的面包是根本无法想像的”（页 233－234）。

> 我们甚至会允许他们犯罪，他们虚弱无助，并且他们像孩子一般爱我们，因为我们允许他们犯罪。我们会告诉他们，只要是在我们的允许之下做的，那么每一个罪恶都会得到救赎，我们允许他们犯罪是因为我们爱他们，而我们会把对这些罪恶的惩罚加到自己的身上……并且他们对我们来讲根本就没有什么秘密。我们会允许或禁止他们同妻子和情人住在一起，让他们生孩子或不生孩子——根据他们是顺从还是不顺从——并且他们会高兴而愉快地顺从我们。他们会把良心上最为痛苦的秘密，他们会把所有、所有的一切，都带到我们面前，而我们会对一切都有一个答案。并且他们会高兴地相信我们的答案，因为这会让他们不必再忍受自己作出自由决定时忍受的极大忧虑和可怕痛苦。并且大家都会很高兴，那些成千上万的生灵都会高兴，除了几十个统治他们的人……会出现成千上万幸福的婴孩，以及几十个能够理解善恶的受难者。他们会平静地死去，他们会平静地以你的名义过世，而在坟墓之外，他们除了死亡找不到任何别的东西。但是我们要保守秘密，并且，为了他们的幸福，我们应该用天堂和不朽作为奖赏来诱惑他们。（页 240）

但是，尽管宗教大法官把人类逃离自由归咎于人类所固有的、无法消除的弱点，韦斯特却认为，资产阶级社会制度阻碍了人类获得自由选择的、有价值的、不存在剥削的关系的内在能力，这样，如果我们能够通过纯粹意志和洞见的努力推翻这些制度，那么我们 204

就可能改变人类状态。简单说，她是一个浪漫主义者。当她声称个人“能够在公共领域内接受同情理解的教育”时，她很快就补充说，“我们接受公众的、同情理解的教育的能力来自我们模糊记忆中的、同我们世界的其他人之间所具有的那种给我们以生命力的休戚相关的感觉”[25]——这是华兹华斯式的“降生之初，我们只是沉睡与遗忘”。当她说“在共产主义学者看来，法律的终极关注是在我们现在的分离同我们记忆中同整个世界、特别是同陌生人融为一体两者之间的张力”[26]时，她既让我们想起了布莱克把人类社会比喻为一个单独的人类身体，而且她把这个比喻同布莱克和华兹华斯强调的婴儿与世界（即婴儿的母亲）融为一体的感觉联系在一起了。[27]

诗人同法学教授之间的区别是，我们并不要求诗人向我们表明怎样从我们现在的位置到达他的想像力想让我们去的地方。摆脱稀缺、道德、层级以及不平等条件的迫切愿望是人类心理中的一个永恒因素，伟大的文学作品并不需要更多东西作为基础，它甚至可能是社会变革的一个必要条件，但它并不是一个充分条件。乌托邦社会实验的记录并不让人鼓舞。

韦斯特也曾经就弗洛伊德的法律理论进行写作。[28]考虑到卡夫卡同他父亲之间的痛苦关系，以及卡夫卡的小说经得起弗洛伊德式的解释，我们很自然地就会怀疑，她为什么没有把弗洛依德理论

---

〔25〕 West, “Law, Rights, and Other Totemic Illusions: Legal Liberalism and Freud's Theory of the Rule of Law,” 134 *University of Pennsylvania Law Review* 817, 859 (1986)（脚注已省略）。

〔26〕 同上，页861（脚注已省略）。

〔27〕 请看 Northrop Frye, “Blake's Treatment of the Archetype,” in *English Romantic Poets: Modern Essays in Criticism* 55, 62 (M. H. Abrams ed.2d.ed.1975); Frye, *Fearful Symmetry: A Study of William Blake*, ch.1 (1947).

〔28〕 West，上注〔25〕。

用到卡夫卡身上。原因可能是，尽管父亲的权威类似于法律的权威，而且尽管 K、《拒绝》中的居民以及卡夫卡小说世界的其他人物表面上在寻找法律时很容易会被看作是在寻找一个失踪的父亲，但是弗洛伊德法律理论的细节[29]并不适合卡夫卡小说的情绪。弗洛伊德认为法律是一种父亲的替代物，其形成的原因是强有力的兄弟们在合伙杀死自己父亲后感到的悔恨（并且不想让同样的事情发生在自己身上），所以法律的功能就是镇压强有力的人。卡夫卡小说中被法律碾碎的或正在寻找法律的人物是弱者，对弗洛伊德来讲，这样的人会是法律的受益者。对卡夫卡来讲，他们或者是法律的受害者，或者是法律无助的哀求者。

弗洛伊德认为法律和国家的正确角色是要控制过度的个人主义，这个思想也不适合浪漫主义的观点，即法律和国家这些制度败坏了人类与生俱来的善。在强调法律的功能是保护弱者不受强者伤害的程度内，韦斯特喜欢弗洛伊德的理论。她因为经济学思想中有社会达尔文主义的痕迹而感到不安，并且认为使用竞争来分配稀缺资源会偏袒强者。她并没有对法律防止以武力或欺诈来重新分配资源的角色（这是弗洛伊德式的观点，稍加改进之后也是经济学的观点）以及法律使资源分配平均化的角色（这是左派对于法律的期望）进行适当的区别。但是她看到，通过强调人类天生的侵略性，弗洛伊德的理论削弱了她的计划，即让同情理解的教育成为社会的组织原则。

205

韦斯特对卡夫卡的使用表明，同作为其根源的 20 世纪 20 年代和 30 年代的法律现实主义运动相比，法律学术左派游离得有多么远。法律现实主义者是社会向善论者，他们攻击一种把法律视为一个不允许公共政策思想渗进去的封闭逻辑体系的概念论。用第 3 章的《法律对立表》的话来说，他们认为法律被向左手一栏（当然不

---

〔29〕归纳于同书，页 822－844。

是指政治上的左派）推进得太远了。一些现实主义者，特别是杰罗姆·弗兰克（Jerome Frank），过分地反对“规则之治，”他们像莎士比亚一样，把规则之治同心理上的不安全感联系起来。但是他们不是乌托邦式的梦想家；他们并不相信人性和社会可以变得完美。并且，他们对于自己想要达到的、并且在很大程度上确实达到了的具体法律改革有着清晰的想法。他们从阅读卡夫卡的过程中得不到什么帮助。

第二编

作为文学文本的法律文本

▼
▼
▼
第七章

解释合同、制定法和宪法

理论化的解释

10年前为本书第1版写作这一章时，解释既是文学批评中的一个热门话题（当时文学批评已经被解构——其前提被诙谐地描述为“所有文本都象征着其自身的不可读性”[1]——所渗透），也是法律学术中的一个热门话题。当时罗伯特·博克（Robert Bork）和“原旨”旗帜下的其他人正在对最高法院自由派大法官的随心所欲法理学发动强有力的保守主义进攻，而这种进攻受到自由主义法律学者（例如罗纳德·德沃金）同样有力的反击。法律解释概念和文学解释概念之间的桥梁是斯坦利·费希（Standley Fish），他是一个解释怀疑论者，既反对德沃金也反对博克。 209

如今解释这个话题在两个领域里都已经降温了。文学理论的焦点已经转移到对文学经典进行女权主义和多文化批评，而坚决走中间路线的最高法院正忙于平息原旨论者与“无解释论者”之间的纷

[1] Gerald Graff, *Professing Literature: An Institutional History* 241 (1987).

争。政治的变化——英语教员的激进化，最高法院的“中庸化”——并不是解释作为讨论话题降温的惟一因素。另一个因素是对该问题的研究已经穷尽了。在解释上所用的笔墨收获甚微。[2]它归结为两个命题。第一个是，解释总是相对于目的而言的，但目的不是由解释过程本身给定的，而是从外部带进来的、并且指导解释过程。解释如何安装一套音响的说明书的目的是安装音响，要达到这个目的，最好的办法就是用说明书推断出作者脑子里想到的安装程序。对于一支作于18世纪的乐曲，指挥者是不是应该努力重现18世纪听众的感受，因而使用原始乐器而不是现代的、改进的乐器，这个问题取决于音乐解释的目的是历史的亦或是美学的。在解释一个书面合同时，法院是否应该听一听当事人就他们谈判合同时的意图所作的证言，这可能取决于合同解释的目的是要重构双方的意图，还是要鼓励双方把他们的协议写进一个语言明确、内容全面的合同里。

210 理查德·维斯堡和罗宾·韦斯特分别想把梅尔维尔和卡夫卡归入自己的政治阵营里，因为他们是著名作家。这种解释的努力应该集中于梅尔维尔和卡夫卡试图在这些作品里传达什么信息。这可能要研究他们的传记。在确定一部文学作品是否应该被认为具有讽刺意味时，传记内容也可能起到根本作用。对斯威夫特一无所知的人读斯威夫特的《一个小小的建议》（*A Modest Proposal*）时，可能会认为他鼓吹吃人肉。但这是一个特别的个案，在这里，文本本身没有线索表明应把它当作讽刺作品。我们经常可以推知讽刺，而无须了解作者的真实观点。在解释安德鲁·马韦尔（Andrew Marvell）的

[2] 我无意贬低那些分开良莠、从而使收获成为可能的著作。请看，例如，William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation* (1994).

诗《为克伦威尔从爱尔兰归来作的贺拉斯体颂歌》[3]时，克林斯·布鲁克斯对马韦尔有关克伦威尔的清醒想法不感兴趣。布鲁克斯的兴趣是美学的，而不是论辩的，并且，正如他注意到的，"诗人有时要比自己所知道的写得更好。"[4]马韦尔可能无条件崇拜克伦威尔，但潜意识中还有所保留，这导致了诗里面蕴涵了由布鲁克斯的解释所证明的批评暗流。可能莎士比亚真的想让我们认为《哈姆莱特》中的幽灵是个恶魔，并且哈姆莱特本人就是中世纪道德剧中的丑角；我们不愿这么解释，部分原因是这样解释会减少该剧的美感，而这部戏剧本身正是作为一种美吸引着我们（或者我们中的大多数）。解释的性质并不要求我们把作者有意识的意图放在第一位，除非像我说过的一样，就像在《一个小小的建议》里面，意义就蕴涵于文本和这种意图之间的张力之中。

211 第二个命题是，如果把解释变成自觉的，解释不会有太大改善，或者可能根本没有改善，就像一个人学了语言学而阅读能力不会提高一样。解释一个书面或口头陈述、一个梦、一部音乐作品、一幅画、一首诗或一个法律文件，是一种自然的、直觉的、"本能的"人类（而且不仅仅是人类）活动，而不是有意识地遵守规则的活动。这并不是说解释是一种不受规则约束的行为；现代语言学已经揭示了构成口语实际语法的大量暗含规则。但是，你不能通过发现这些规则而讲话讲得更好。作出好的解释需要有大量的知识、技巧和实践（这一点在音乐里很明显），但是一步一步的程序或者解释的"理论"并不能改善解释。这种能力与研究解释目标有关，与研究一般的"解释"无关。对于文件而言，不论是文学还是法律文件，"解释"仅仅是指阅读，以得出自己感兴趣的任何意思。这种

[3] Brooks, "Marvell's 'Horatian Ode,'" in *Seventeenth-Century English Poetry: Modern Essays in Criticism* 321 (William R. Keast ed. 1962).

[4] 同上，页322

意思可能与作者所设计的意思重合，但它也同样可能是读者出于与作者心里想的东西毫不相干的原因想要赋予文本的一种含义。

在我看来，这两点穷尽了解释的理论，我将试图参考研究文学和法律解释的各种不同进路来证明这一点。这两点也在另外一个意义上穷尽了解释的理论：它们说明，解释不大可能通过理论或者玄思得到改善。

法律能够在文学批评的学派里学到什么？

尽管在文学研究中解构已是盛年不再，但是解构作为最具怀疑性的一种解释方法继续保持着人们的理论兴趣，并且继续吸引着一些法律学者，[5]而且使其他人警惕——他们认为解构是破坏性批评或文本不确定性的同义语。所以，让我从这里开始，首先区分解构的不同含义，即作为哲学理论的解构、作为文学实践的解构和作为法律实践的解构。[6]作为哲学理论，在直接关系解释的层面上（一些解构论者眼里的目标更大，比如真理对应理论），解构直接攻击了传统语言理论。按照传统语言理论，我们从自己的感觉里创造出概念，例如，伫立在我房子前的那棵树的概念；这些概念独立于时

---

〔5〕 请看，例如 *Deconstruction and the Possibility of Justice*（Drucilla Cornell，Michel Rosenfeld，and David Gray Carlson eds.1992）；J. M. Balkin，"Nested Oppositions，" 99 *Yale Law Journal* 1669（1990）；Balkin，"Transcendental Deconstruction，Transcendent Justice，" 92 *Michigan Law Review* 1131（1994）；Duncan Kennedy，*A Critique of Adjudication*（*Fin de Siècle*）348－350（1997）.

〔6〕 支持该理论的描述，请看 Henry Staten，*Wittgenstein and Derrida*（1984），和 Christopher Norris，*Derrida*（1987）；反对该理论的描述，请看 John M. Ellis，*Against Deconstruction*（1989）.全面的评述，请看 J. Douglas Kneale "Deconstruction，" in *The Johns Hopkins Guide to Literary Theory and Criticism* 185（Michael Groden and Martin Kreiswith eds. 1994）.

间和空间，并区别于它们所来源的感觉；伫立在我房子前的那棵树的概念独立于我看那棵树时的特定角度和距离而存在。起初，这个概念被禁锢在我的大脑里。如果我想要同他人分享这个概念，我必须将它以某种物理形式进行编码（“信号”）——文字、声音或者动作。另一个人听到或者看到信号之后，就会对之进行解码，在他自己的大脑里再造相同的概念

传统理论家也承认沟通并不像这么简单。理解一个沟通，不仅需要简单的解码；它还需要推理。[7]把理解比喻为在“大脑的眼睛里”看到某种东西，这模糊了沟通中的解释因素。比如，在一种语言中可能缺少表示某种东西的信号。例如，英语中没有词能表达 *polis*，*basileus* 和 *tyrannos* 这些希腊词汇背后的概念。通常用来翻译这些词的英文单词是“city”（城市）、“king”（国王）和“tyrant”（僭主），这些词在我们文化中表示的是其他概念。所以，翻译经常是值得怀疑的。即使是在同一语言社区里，词语对于不同说话者来说，也具有细微的意义差别。并且，信号承载着比沟通概念所必须的更多的信息。当我说“树”（tree）的时候，听者可能会想到族谱（family tree）、决策树（decision tree）或者鞋楦（shoe tree），当然还有自然界的树；在说话者具体使用一个词所要表达的概念之外，每个词都同时也是传递其他概念的信号。因为对话是一种双向的交流，所以听我说话的人可以要我进行澄清。如果信号是书面的而不是口头的，或者如果作者已经死了或由于其他原因而无法盘问其意图，那当然就没有澄清的机会了。所以柏拉图不信任书面语言（《费德鲁斯》［*Phaedrus*］275d－275e）。在文学里，合作的作品比

212

---

〔7〕 Peter Carruthers, *Language, Thought and Consciousness: An Essay in Philosophical Psychology* 75 (1996).

人们想像的更为普遍，[8] 这就使信号传递的过程进一步复杂化了。

213 传统语言理论认为，这些阻碍概念传递的东西是应予克服的杂质或传讹。这就是被解构主义攻击的地方，解构主义认为，把信号中阻碍沟通的特性看成是次要的东西，这种观点是武断和受文化约束的观点，而不是传统理论家所认为的那样是符合逻辑或“自然的”观点。解构主义认为，让论说的交流功能从属于说话者或作家使用信号的阻碍交流效果也一样符合逻辑、一样自然，所以注意信号同所意图概念以外的其他概念之间的关系也同样符合逻辑、同样自然。解构主义实践者可能会拿出一篇看起来很严肃的散文，然后挂在第一个词上面，这个词可能是同音异义词，或假的同源词，或可能具有与字面含义相冲突的次要含义（可能深藏在其词源里）。他可能着迷于字母的形状或者它们在纸面留下的视觉图案。他可能把在交流层次上互不相关的段落放在一起，刺激读者脱离他的传统反应，他甚至可能把在先文字看作对后来文字的评论。

与将注意力引导至语言的隐蔽方面的目的相一致，解构主义坚持说下面的看法有问题，即作者在其文本中“在场”与我们认为说话者说话时在场一样。因为写作比讲话更具永久性，所以写作可以比交流产生的场合更经久，可以超越作者的语境、作者想要与之说话的读者的语境、写作与之对话的读者的语境以及写作原初的语言和文化语境。所有这些都是正确的，并且是约翰·埃利斯（他并不是解构主义的朋友）文学理论的基础（请看第 1 章）。当我们从口头谈话转为书面谈话时，交流的清晰度会降低很多，这也是正确

[8] 请看，例如 Jonathan Hope, *The Authorship of Shakespeare's Plays: A Socio-Linguistic Study* 3-5 (1994); Jeffrey A. Masten, "Beaumont and/or Fletcher: Collaboration and the Interpretation of Renaissance Drama," in *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature* 361 (Martha Woodmansee and Peter Jaszi eds. 1994). 但是，合作的写作究竟有多么普遍取决于“作者”的定义有多么宽泛。Jack Stillinger, *Multiple Authorship and the Myth of Solitary Genius* (1991) 把它定义得非常宽泛，结果发现到处都是合作作品。

的。例如，语音语调的变化。宪法第一条中的商业条款（“国会应该有权力……规制［州际的和国外的］贸易”）是禁止各州给州际贸易施加不合理负担，还是仅仅授予国会调整州际贸易的权力，这取决于我们读这一条款时重音放在“国会”上还是放在“贸易”上。

我们说，使信号成为不完善的交流载体的那些特征与交流一样有趣或重要，甚至说传统语言理论没有根基或前后不一致，这并不等于说所有文本都不能通过某种方式的解释在读者头脑里重现作者想要传达的概念。解构主义并没有推翻文本的可解释性；如果它推翻了这一点，那么解构论者又是怎样传递他们自己信息的呢？但是，通过强调有效书面沟通的障碍，它确实带来了一种可能具有很强破坏力的文本怀疑主义，我们将在下面看到。 214

文学之所以让解构论者感兴趣，这是因为文学甚至并不试图以最为经济的方式传递概念（比如，这与“行政总结”构成反差）。文学使用形象语言、押韵、类韵、节拍、虚构、寓言、双关、词语在一页纸上的排列（比如诗歌里面）以及其他把注意力吸引到信号上来、从而减少了交流媒介的透明性的文学手法，这正适合解构论者们的计划，即把阻碍直接交流的语言特征与那些使直接交流成为可能的语言特征放到同等位置。这也就难怪传统语言理论家，自柏拉图开始，就经常对文学不够耐心，尽管对文学来讲重要之处并不是它不能交流（因为显然它能够交流），而是文学所要交流的东西基本上不是概念。

如果文学解构的实践者仅仅满足于指出很多作品都具有晦涩难懂的特征，那他们并没有做什么新鲜事；半个世纪以前新批评论者就指出了同样的问题，他们特别提到了17世纪和20世纪的诗歌。人们很久以来就已经理解，一部文学作品比它含有的可重述的内容要多很多。但是，对大多数批评家来说，这个“很多”是指对事实的某些方面，比如对爱情或战争的描述或者唤起；这也就使文学具

有“指向性”——并不仅仅存在信号，还存在信号所传递的东西。所以，对信号而不是对实体感兴趣的解构论者，很自然会训练自己对文学模仿理论的洞察力——在很多其他人中间，亚里士多德、塞缪尔·约翰逊和艾里奇·奥尔巴赫（Erich Auerbach）都支持该理论，即文学展现的是对现实（尽管并不一定是实际存在的细节）的模仿或者表现，而现实被理解为“就在那里”的东西。相反，文学解构主义认为文学是自我指向的。这样，通过把注意力转移到交流的媒介上，并且实际上把为寻找意义而阅读的做法所存在的问题变为文学的主题，文学解构主义就与哲学意义上的解构主义会师了。

215

因此，《刑罚殖民地》与解构主义特别有共鸣。[9]折磨机器是一台写字机器，并且表述军官的问题的一种方式就是，他过于相信作为一种交流媒介的书写；而另一种解释很符合解构的方式，即，让他着魔的是媒介而不是交流。并且，那台机器为了拉长折磨过程而在被处刑者身上刻出可怕的蔓藤花纹就是对多因决定（overdetermination）* 的一个很好隐喻。词汇有着自己的生命，并且是难以驾驭的生命。但是这与法律的关系却很模糊。即使文学文本是自我指向的，也不能推论说法律文本也是这样；文学文本的作者使用的技术不同于法律文本的作者使用的技术。所以，并不奇怪，法律中的解构（除了当解构这个词仅仅用作文本怀疑主义的同义词时［我们一会儿就会遇到这样的用法］）与哲学或文学理论中的解构仅仅貌合神离。法律中的解构是指在法律推理或法律原则中指出潜在的矛

---

〔9〕请看 Clayton Koelb，“‘In der Strafkolonie’：Kafka and the Scene of Reading，”55 *German Quarterly* 511（1982）、Koelb，*Kafka's Rhetoric*：*The Passion of Reading*（1989）；Arnold Weinstein，“Kafka's Writing Machine：Metamorphosis in the Penal Colony，”7 *Studies in Twentieth-Century Literature* 21（1982－1983）. 请比较 Mark M. Anderson，*Kafka's Clothes* 185－193（1992）.

* 比如梦境。——译者。

盾。[10] 用巴尔金（Balkin）的话说，"所有概念的对立都可以被重新解释为嵌套的对立，""嵌套的对立"是指"一种概念的对立，其中每一个词都包含着其他词，或其中每一个短语都与其他短语有重合之处"。[11] 例如，过失责任与严格责任在传统上是间接伤害责任的两个相互对立的理论。但是过失含有严格责任的元素，因为如果一个人没有使用一般人的小心，即使他没有能力这样做，也要承担过失责任；而严格产品责任具有过失的元素，因为起诉人必须证明产品是有缺陷的，这暗含着在生产过程中的某个地方存在着过失。[12]

在巴尔金读高中时，这些在侵权法学术文献中都已经稀松平常了。他并没有否认这一点。所以，用嵌套对立的词语来重新表述它们，只是把法律学术与一个用极端的表述、有意的含混和不熟悉的术语给人们造成一种革命的恐怖和兴奋的运动联系起来，不管这种印象会让人们误入歧途，除了让人感到惊讶以外，又有什么作用呢？[13] 可能有一点点作用："嵌套的对立"是一个漂亮的词组；我将在本章下面用一用它。但是对本书来说惟一重要的一点就是，作为一个单独的分析方法而不是一个表示文本怀疑主义的时髦词汇，法律解构与文本解释并没有什么特别关系（所以也同本书没有什么关系）。其着眼点是概念。

---

〔10〕请看，例如，Clare Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine," 94 *Yale Law Journal* 997 (1985)，特别是页 1007 – 1008。

〔11〕"Nested Oppositions," 上注〔5〕，页 1676 – 1677。

〔12〕同上，页 1683 – 1686。

〔13〕请看 Ellis，上注〔6〕，第 6 章。

大量的解构主义作品，特别是但不仅仅是德里达的作品，[14] 216 晦涩难懂并且完全不可思议，左派法律学者对解构这个词的挪用，以及它对于解释（解释对文学批评和法律职业都是一个很重要的课题）所具有的明显（如果说是让人误入歧途的）激进主义意涵，这一切使解构声名远扬，甚至行将压倒后现代主义思潮中可能对法律解释有影响的其他方面。其中之一我们在第1章中看到过，就是解构抛弃美学主义而倾向于社会和政治批判，在文学作品中发掘现代左派思潮的前奏，或是揭露这些文学作品作为压迫者帮凶的角色。另外一个后现代的手法是拒绝承认作者的解释权威。福柯认为“作者身份”（authorship）是文化的建构物，而不是我们对书面作品反应的自然的或不可取代的基础，并且，这种文化建构物的“作者的/威权的”（authoritarian）目的，恰恰是通过把作者当作惟一有权的解释者来限制可能解释的范围。[15]

对美学主义的摒弃通过把作者变作政客而贬低了作者；福柯则推翻了作者；解构诋毁文本的可理解性和前后一致性，这与德里达一同破坏了作者的权威。[16] 最终的结果——一种读者的反叛和批

---

〔14〕这是对德里达一篇文章的一个评论：“对于一辈子闲着无事可做的读者，也有一篇贾魁斯·德里达写的一篇100页的论文，论述着一个尚未确定的题目。” William E. Cain, *The Crisis in Criticism: Theory, Literature, and Reform in English Studies* 167 (1984). 在 Jacques Derrida, “Devant la Loi,” in *Kafka and the Contemporary Critical Performance: Centenary Readings* 128, 149 (Alan Udoff ed. 1987) 的结尾处，翻译者的注脚是这样的：“德里达的文本继续着；但是，既肓目且疲倦，我就将文本之门在这里关上。” 翻译者是在暗指《在法律面前》的最后一个句子：“我现在就要关上它［门］。”

〔15〕Michel Foucault, “What Is an Author?” in *Textual Strategies: Perspectives in Post-Structuralist Criticism* 141 (Josué V. Harari ed. 1979). 福柯的观点是有价值的，我们将在第11章中看到。

〔16〕“一个解构更加应该被理解为一个建构物，它与另外一个建构物（被解构的文本）‘一同工作’，以某种未被表现的东西的名义化解第二个建构物没有人情味的强迫‘效果。’” Kennedy，上注〔5〕，页349

评家的反叛[17]——为法律文本自由解释的支持者们提供了帮助和慰藉。如果制定法和宪法没有确定的、由作者给出的含义，那么“解释”这些文本的法官实际上一定是在行使自由裁量权。所以，对于可解释性和作者权威的进攻也同时是对“规则之治”的进攻。

但是后现代主义的政治目标和认识论目标是冲突的。如果客观的文本解释是不可能的，那么罗宾·维斯特试图证明卡夫卡的小说含有激进含义就是在浪费自己的时间；她一定是自己把这种含义添加进去的。[18]如果一贯地坚持激进批判主义的态度，[19]那么这种立场就会使激进的批判者丧失支持社会变革的坚实基础。批评者自己的建议会被嘲笑为受文化限制、是历史性的权宜之计、太主观——甚至会被嘲笑为卷入了该批评者正在进攻的压迫性叙事当中，当卡夫卡的作品被当作是由弗朗兹·卡夫卡创作时就是这种情况。维斯特把卡夫卡当作一个权威、一个社会预言者、一个跨越了文化和时间鸿沟来论述现代美国社会问题的“天才”，恰恰是因为这一

217

〔17〕在有关文学批评者角色的传统观念里面，文学批评者被迫充当文学文本的副手，他们这种烦躁不安的情绪是 Geoffrey H. Hartman, *Criticism in the Wilderness: The Study of Literature Today* (1980) 忧郁的主题；也请看他为 Harold Bloom et al., *Deconstruction and Criticism* vii (1979) 所作的序言：“尽管对我们文化的伟大文本进行教学、批评和展示是基本的任务，但是，坚持文学的重要性并不一定要求文学批评只能起到服务功能。”这明显类似于被要求为制定法和宪法充当副手的主动司法论者烦躁不安的态度。文学和法律中的这种态度同第5章中讨论的浪漫主义的自负传统之间的关系也很明显。

〔18〕她意识到了这个问题：“后现代怀疑主义被加入关于我们的本性的普遍描述，这导致了批判法律思潮中让人无能为力的僵局。” West, “Introduction: Reclaiming Meaning,” in West, *Narrative, Authority, and Law* 1, 18 (1993). 她的“书也相应地不是在进攻对于含义的传统的或启蒙的理解，恰恰相反，它试图从政治左派和右派的当代和后现代批评者手中重新收回含义”，同上，页22。这代表了维斯特立场的一个变化，她在发表我刚刚引用过的那段话之前四年还是一个福柯派。请看 Robin West, “Law, Literature, and the Celebration of Authority,” 83 *Northwestern University Law Review* 977, 1003－1010 (1989).

〔19〕实际从来没有这样。Graham Bradshaw, *Misrepresentations: Shakespeare and the Materialists* (1993) 指出，文化唯物论者、新历史论者和其他后现代文学批评者并不是把自己的政治立场和方法论立场视为相对物，而是把它们当作永恒的真理。

点，维斯特挑战了后现代论者的极端平均主义，因为他们想要让读者与作者处于同等位置。

后现代主义不但否认客体（例如，一个文本）的给定性、特异性和可解释性，而且否认了主体（真正知道的人——比如，一个文本的作者或者读者）的自主性。根据其强调的是哪一个否认，后现代主义可以是革命的，也可以是清静无为的。如果所强调的是社会事实具有、甚至在一些版本中的物理事实具有随机和建构的特点，[20]那么对世界和社会进行激进变革就会被认为是可能的和值得去做的，尽管并不一定要认为作者是这种变革的权威。很多极端女权主义思潮都具有这种特征，其中包括了一个观点，即性别本身就是一种社会建构。反过来，当强调的是自我具有的种族优越的、受到种种限制的、社会建构的特征时，客观社会批判的可能性就不存在了。这种批判要求预先假定一个外部的、普遍的标准，比如"普遍权利"或"我们共有的人性"，而后现代主义否认存在这种标准。[21]

218 后现代主义对可解释性的挑战受到了抵抗，这种抵抗不仅来自文学批评本身。[22] 认为自己阅读文学作品时的任务是重构作者意

---

[20] 在物理现实的情况中，这很荒谬。对这种最为极端版本的后现代主义进行的一针见血的批判，请看 Paul Boghossian, "What the Sokal Hoax Ought to Teach Us: The Pernicious Consequences and Internal Contradictions of 'Postmodernist' Relativism," *Times Literary Supplement*, Dec. 13, 1996, p.14.

[21] 请看 Sabina Lovibond, "Feminism and Postmodernism," 178 *New Left Review* 5 (1989).

[22] 请看，例如，Robert Alter, *The Pleasures of Reading in an Ideological Age* (1996)——它论证并且证明了，文学批评是对文学作品进行的想像性的但却是有规则的解释和评价。

图的批评者[23]会被认为给法律文本"主动解释者"提供了弹药，甚至也可能为"严格解释论者"提供了弹药。罗纳德·德沃金采取了一个中间立场，他在为这个立场辩护时使用的语汇让人想起了新批评运动。[24]他声称，我们在一部文学作品的两种解释之间进行的选择就是决定哪一种解释使作品更好、更加连贯、更加令人愉悦，并且我们对制定法和宪法也应该如此，但是美好、连贯和完整（这是德沃金和新批判论者都喜欢的一个概念）的标准应该变成法律和政治的标准而不是美学的标准。比如，我们应该问，对"法律的平等保护"作何种解释才能使第十四修正案成为对平等原则的最好、最自恰的表达，成为与关于法律的最佳法律和政治思想最相一致的表达，而不是问这条修正案的制订者或批准者的大脑里想的是什么。德沃金把雪莱在《诗歌的辩护》中的格言翻转了过来，把法官和（其他的）立法者称作这个世界上未被承认的诗人。

新批评论者把一部文学作品当作一种自成一体的建构物，认为更多地研究作者的生平细节或作品写成时的其他情形并不能使我们更好地理解这部作品，只不过知道一点这些情形，包括作品使用的单词在作品完成时的含义，可能会是必要的。[25]所以，新批评运动

219

〔23〕请看，例如，E. D. Hirsch, Jr., *Validity in Interpretation* (1967)；P. D. Juhl, *Interpretation: An Essay in the Philosophy of Literary Criticism* (1980)；Steven Knapp and Walter Benn Michaels, "Against Theory," 8 *Critical Inquiry* 723 (1982).

〔24〕请看，例如，Dworkin, *Law's Empire*, ch.2 (1986)；Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of American Constitution* 2 (1996)；也请看德沃金与他的批评者们之间的辩论，载于 29 *Arizona State Law Journal* 353 (1997).

〔25〕新批评主义进路的很好例证是布鲁克斯有关马韦尔风格颂的论文，上注〔3〕，还有他的书 *The Well Wrought Urn* (1947)、并且在他后来的一部书 *A Shaping Joy: Studies in the Writer's Craft* (1971) 里面有特别好的解释，请看"Introduction," 同上，页 xi，以及"The Uses of Literature," 同上，页1；也请看 W. K Wimsatt, Jr., *The Verbal Icon: Studies in the Meaning of Poetry* (1954). 关于综述和批评，请分别看 Leroy F. Searle, "New Criticism," in *John Hopkins Guide to Literary Theory and Criticism*，上注〔6〕，页528，以及 John Guillory, *Cultural Capital: The Problem of Literary Canon Formation*, ch 3 (1993).

是一个形式主义批评学派，其进路不但呼应了德沃金的连贯论法理学（因为它不重视意图），而且也呼应着解释合同时的一种普遍做法，即忽略“外部的”证据，比如当事方就自己以模糊词汇表达的含义所作的证言——即文件本身之外的证据、为理解文件中的单词和句子必须知道的文化背景、以及合同解释的目的。[26]这个对比表明，在新批评运动与法律形式主义之间存在着一个更深刻的类似之处，因为后者同前者一样都强调研究对象的自主性。

对于一位原旨论的法官来讲，解释制定法的任务就是根据用词、结构、背景以及所有其他可以得到的信息来估计，如果投票通过这项制定法的立法者面临着这个解释问题，他们会怎样回答。解构主义的法官会怎样呢？他可能会去论证，宪法第2条规定你必须年满35岁才能当美国总统，它的意思可能只是你必须具备35岁的人通常具备的成熟。[27]但是，以这种方式来阅读这条规定是使宪法的用词（“凡年龄未满35周岁者不得任职”）脱离了它们的语境。词语的可靠含义只存在于它们所在的句子或更大的文字结构之中，甚至常常只存在于社会实践当中。这条年满35岁规定的相关语境包括：建立官员有序更替方法的愿望、记录出生日期的做法（从出生才开始计算年龄，并不是所有的社会都这么做）以及立法者经常使用任意的时限，比如法定时效以及成年年龄的规定。这个语境让

〔26〕所以，形式主义批评的一个同义词，即“内在”批评，就特别恰当。请看 Stein Haugom Olsen, *The Structure of Literary Understanding* 137－155（1978）。

〔27〕请看 Gary Peller, "The Metaphysics of American Law," 73 *California Law Review* 1151, 1174（1985）; Mark V. Tushnet, "A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory," 58 *Southern California Law Review* 683、686－688（1985）。注意，这是作为文本批评的解构，而不是达尔顿（Dalton）和巴尔金似的用以揭示潜在的学说矛盾的解构。顺便说一句，派勒（Peller）和塔什奈特（Tushnet）都没有诉诸吉尔伯特（Gilbert）和沙利文（Sullivan）的权威。《潘扎斯的海盗》（*The Pirates of Penzance*）的情节都围绕着一个条件，即弗雷德里克（Frederic）出生于2月29日，在满21岁时，他“在法律上”只有5岁，所以仍然是海盗们的学徒。

我们可以看到，宪法规定了年龄资格的硬性规则，这样每一个人都可以在选举开始前知道候选人是否具备资格。如果在把一个40岁的人选举为美国总统后，失利的候选人可以起诉，证明选举获胜的人不如1787年一般的35岁的人成熟（那个时候平均预期寿命要短得多），从而要求宣布选举无效，这会很可笑。这条35岁的规定像规定饮酒年龄、驾车年龄、结婚年龄和投票年龄的法律一样，都是设计用来避免这些可笑事情的。

我们可以想像一个文化背景，在这种背景下，上面规定的含义不同于我们所知道的含义。想像一个文化，其中出生的日期没有记录，或者，就像在古代和中世纪社会中普遍存在的情况，数字被用作修辞强调而不是用作表达精确数量（“十万大军”意味着“很多军队”）。但是这都只是进一步证明了，句子的含义取决于语境，而这种语境可能包括一种习惯的社会做法。 220

我们也可以想像，就像不可抗力或“无法履行”可以使一个合同归于无效一样，非同寻常的情况也可能会要求法院支持人们违反这条35岁的规定——例如，某种传染病，或者某种反常的艾滋病，杀死了所有35岁或者更大年龄的人（或者只剩下一两个?）；或者，在把一个所有人都相信是35岁的人选举为总统以后，在他的出生证明上面发现了一个错误：他实际上只有34岁。可能法院诡辩的技巧足以使其能够把这条规定“解释”得包含了这些违反了字面含义的情况。也可能不是这样；可能这些情况表明，语境只能让含义改变这么多而已。不管怎样，法院必须作出的基本判断都是政治和审慎的判断，而解构提供的洞识不会有什么帮助。

新批评论进路同原旨论进路之间的对比并不像我暗示的那样刻板。新批评论并不像我说的那样形式主义，实际上它比我暗示的更具有原旨论色彩，而原旨论可以用形式主义的语汇来理解。“新批评论”这个词指的是美国文学批评的一个特定学派，它产生于20世纪20年代，于40年代和50年代在美国大学里取得了很大的影

响力，然后就衰退了。它发展的轨迹与逻辑实证主义的发展轨迹是重合的，两者也同样具有强大的韧性，这让它在作为一种学说而受到诽谤和反驳之后很久仍然作为一种情绪和倾向保留下来了。（法律形式主义也是一样。）新批评论者致力于把文学作品作为或多或少自足的建构物予以仔细阅读，所以他们更喜欢那些具有晦涩和复杂的（常常是在讽刺意义上）结构、从而使这种仔细阅读收获最大的作品。并且，这些批评者从T·E·哈尔姆（Hulme）和T·S·艾略特那里得到暗示，对于那些反映成熟的、现实的、甚至是不抱幻想的——而且是绝对不浪漫的——人生态度的文学作品表现出偏爱。这使他们中很多人轻视浪漫主义文学作品，因为浪漫主义崇拜的是孩子——而且，进一步的原因是，这些批评者中大多数人都是基督徒和保守派，并且把浪漫主义对自发性、对反叛性、对改革性的政治、对想像力的聚合力量以及对自我中心主义的培养同无神论和民粹主义联系起来。还有，新批评论者坚持每部文学作品都有复杂的特殊性，这种观点与一种显著的现代主义态度相联系，这种态度反对把现代性看作"抽象思维"产生的科学技术的胜利。新批评论者让"文学作品的'完整'取代了'所有形式的濒临灭绝的特异性的完整'"。[28]

所以，新批评论的表面形式主义、表面唯美主义的特征有着道德的和政治的痕迹，就像法律形式主义通常具有政治色彩一样。今天的说教批评更可能反映一种世俗人文主义的、左翼唯物主义的或激进女权主义的立场，而不是基督教的或者保守派的立场。追溯起来很清楚，新批评论者因为采取了政治——道德的立场而让自己的名声暴露在政治风向之下；当风向发生变化的时候，他们就变成了

221

〔28〕Catherine Gallagher, "The History of New Criticism," *Dædalus*, winter 1997, pp.133, 134.

左翼批评者的笑柄。[29]

一些新批评论者对生平或历史背景极不感兴趣，所以他们原则上不愿意从这些东西里寻找文学作品含义的任何线索。尽管人们都不怀疑文字只有在语境中才可以理解，即只有在读者自己带进来的、而不是读者在文本中找到的关于语言和文化的前提下才可以理解，但还有些人认为，不需要什么语境就可以理解文学作品。与此形成对比的是，克林斯·布鲁克斯认为，如果要解释马韦尔的风格颂，就一定要知道其中的单词在17世纪的含义；这首诗与贺瑞斯有什么渊源；以及有关克伦威尔生平的一些信息。但他并不认为了解马韦尔对克伦威尔的清醒看法很重要，因为布鲁克斯认为，一位诗人可以写得比自己知道的更好。就像阿尔道斯·赫胥黎（Aldous Huxley）从前说过的，因景仰一位作家而想见一见他，这就像喜欢吃肥鹅肝酱饼就想见一见那只鹅一样。或者，就像奥登（Auden）对叶芝说的，"你就像我们一样傻：你的天才却超越了这一切。"

在文学史上，具有创造力的作家对自己的作品有过无数愚钝的或者骗人的（常常是假谦虚）评论。其中包括，T·S·艾略特把《荒原》描述为"只是发泄对于生活的个人的和完全不重要的牢骚；它只是一些有节奏的抱怨"，卡夫卡把《变形记》称之为因其结尾而为败笔之作。[30]产生这种迟钝的原因不但包括文学创作中潜意识的

222

[29] "新批评论对于'含糊不清'的高度尊重，它对多义解构的赞赏，这与其说是代表它真正倾向于'完全'的批评，倒不如说更代表了中产阶级对于一心一意和承诺的不信任；它最为推崇的姿态——老练，智慧，平衡——属于中产阶级所奉承的未落贵族。" Terence Hawkes, *Structuralism and Semiotics* 155 (1977). 这里有着无意的讽刺，因为，就像我们将要看到的，新批评论在方法论上与后现代主义有着重要的类似之处，而霍克斯（Hawkes）并不认为这是中产阶级阿谀奉承的产物。但老练、智慧和平衡不是在任何文明社会中都受到推崇吗？

[30] T. S. Eliot, *The Waste Land: A Facsimile and Transcript of the Original Drafts Including the Annotations of Ezra Pound* 1 (Valerie Eliot ed. 1971); Ronald Gray, *Franz Kafka* 91 (1973).

作用，以及作者没有足够的距离和视角来评判自己的作品；而且还包括一种可能性，即作者可能因为试图解决一个技术性问题而产生了作为副产品的含义，比如怎样使自己想说的东西符合自己选择的韵律安排或怎样向受众提供必要的信息（回忆一下第2章中关于《哈姆莱特》中的哑剧的讨论）。不能把令作者着手工作的灵感混同于完成作品所必须的选择和修改过程。作品的含义将产自这些活动的交互作用，所以是产自创作的过程，而不是事先完全考虑周全的。[31]

当布鲁克斯说一位诗人可能写得比自己所知道的还要好时，他并不是说是别人的手在推动钢笔或者在敲键盘，也不是说写作过程是任意的、偶然的或神秘的。写作是受诗人心智指引，只不过并不一定是有意识的心智，能够意识到被创作的含义的所有枝节。一些文学作品在创作时接近于无意识的模糊状态。《荒原》伟大的第五部分是喷涌而出的，几乎没有什么修改；而《判决》是在仅仅一夜之间不间断地写出来的。[32] 这种“自动的”写作并不常见，而且223 绝大多数伟大文学作品在作者同意出版之前都经过了艰苦的修改。但是这些修改通常并不是按照有意识的计划进行的，而是按照无意识的妥贴感。但这些修改仍然是有意图的，就像米赫索意图射杀（但不一定是意图杀死）那个阿拉伯人一样，尽管他在扣动扳机之前并没有这么计划。因为我们没有办法不通过媒介就接触到另外一个人的心智，所以意图总是被推断或被构建的；如果我们直接相信人们对自己意图的表述，那么我们就太愚蠢了。我认为，在新批评

---

〔31〕 请看，Beardsley, “The Creation of Art,” in *The Aesthetic Point of View* 239 (Michael J. Wreen and Donald M. Callen eds. 1982); Samuel Alexander, *Beauty and Other Forms of Value*, ch.4 (1933)。对修改过程中出现诗歌含义的个案研究，请看 Jon Stallworthy, *Between the Lines: Yeats' Poetry in the Making* (1963)。

〔32〕 Eliot，上注〔30〕，页82－90，129；Peter Ackroyd, *T. S. Eliot: A Life* 116－117 (1984)；Gray，上注〔30〕，页57。

论者摒弃他们所称的"意图的/有意的谬误"（intentional fallacy）时，他们仅仅是认为，进行推断或解释的材料不应超出文本本身，但是可以包括**基本**的语境因素，而他们认为这不包括作者的生平细节或作者对自己意图的有意识的理解。这与福柯后来表达的关于作者身份的观点惊人一致。像福柯一样，新批评论者认为作者身份是一个建构物，他们还坚持认为，应该从作者的作品出发来建构作者，而不是从他的生平和他文学之外的观点来建构。

他们为什么认为有必要采取这种建构一个作者的中间步骤呢（他们当然这么做过，因为他们不停地谈论多恩在这首诗里面的意思是什么或叶芝在那首诗里的意思是什么）？原因是，我们通常把一篇文学解释为一个人的行为。所以，当我们想要解释一个具体文本时，我们就建构一个行动者，即我们试图理解其行为的作家。[33] 我们特别习惯于从人们的话语、手势、面部表情和行为中推断他们的意图。所以，当我们面对一个以书面形式出现的人类建构物时，我们就会试图通过参考我们推断出来的建构者的意图来理解这个建构物，这是再也自然不过了。当我在前面章节里谈论文学作品时，如果我避免暗示作者身份，却说荷马让我们对阿基琉斯或者阿伽门农这么想那么想，但是我们却对荷马一无所知，甚至不知道一个名字叫荷马的人是否写过两部荷马史诗中的任何一部，那么我就太不自然了。

暗含作者这个概念在这里是有用的。作者意图中的因素之一就是意图读者把作者看作某一类特定的人。读者通过从作品本身进行推断来形成这种观点。所以，暗含的作者——可能称作被推断的作者更好——位于真正的作者与读者之间。法律和文学解释中的形式主义者——比如合同解释中的形式主义者——对作者意图的探究止

224

[33] Alexander Nehamas, "What an Author Is," 83 *Journal of Philosophy* 685 (1986); A. D. Nuttall, *The Stoic in Love: Selected Essays on Literature and Ideas* viii (1989).

步于暗含的作者。让莎士比亚戏剧如此难以解释的原因之一就是戏剧中没有暗含的作者，并且我们无法退回到有意识的意图这根拐棍上面，因为对于莎士比亚的个人观点我们一无所知。[34]

如果形式主义的批评在这种意义上是原旨论的，那么原旨论批评在另外一种意义上也是形式主义的。就像弗兰克·科尔默德（Frank Kermode）在驳斥原旨论者 P·D·朱尔（Juhl）时解释的，

> [朱尔] 引用他人认为 [斯威夫特的《一个小小的建议》] 是"有关"越南战争的，而且他的这种应用被认为有一定的重要性。但是，这本小书的意图 [对于朱尔来说] 完全是关于斯威夫特自己时代爱尔兰的状态。但这肯定是错误的：最多只能说斯威夫特是这么计划的。按照朱尔自己的逻辑，斯威夫特写的就是他自己意图的东西，而他写的是简洁的讽刺、含糊、多种多样的解释目标，并且阐释它们的意图（从而确定斯威夫特的意图）的努力无法区分于阐明"重要性"的努力。斯威夫特的作品思考了把屠杀婴儿作为政治便利的可取性，所以它说的并不完全是关于 1729 年爱尔兰的状况，尽管它适用这些情况，就像它也可以适用于越战一样；如果想要证明斯威夫特意图讨论那场战争，这肯定很可笑，说他心里没有想到爱尔兰也一样荒谬，但是这些考虑并不足以证明朱尔有理由退回到比自己支持的那种原旨论还要原始得多的原旨论。[35]

---

〔34〕 请看，例如，对于莎士比亚宗教观点的有趣讨论，见 Patrick Collinson, "William Shakespeare's Religious Inheritance and Environment," in Collinson, *Elizabethan Essays* 219, 251–252 (1994)，结论是，对于这些观点一无所知，除了可以从莎士比亚的父亲很可能是天主教徒这个事实所能推断出来的东西（又是什么都没有）

〔35〕 Kermode, *The Art of Telling: Essays on Fiction* 206–207 (1983)，讨论的是朱尔，上注〔23〕。

类似地，如果你对叶芝的生平有一点了解，你就会知道他的大多数爱情诗都暗指（没有指明）莫德·冈娜（Maud Gonne）。[36]但是，他没有指明她，并且他出版自己的诗时知道，自己的大多数读者既不会知道也不想知道诗中被爱的人是谁；这些事实表明，他没有意图让这些诗仅仅成为关于莫德·冈娜的诗。[37]换种说法，他意图让她具有代表性。在诗中，她被从一个个体变成了一个类型。

225

真正的斗争并不是在形式主义者同原旨论者之间；尽管那种斗争很激烈，但是它在很大程度上是（尽管像我们将要看到的并不完全是）语义的、学术的和宗派的斗争。被误认为是形式主义同原意图论之间的斗争的，实际上是在那些主要旨趣是美学的批评者同那些主要对作者的生平（生平批评者）或个性、对他的政治观点、对他同自己或其后时代的关系或对他作品中表露的或暗示的伦理观点感兴趣的批评者之间发生的。但也还存在着第二个真正的斗争。这就是那些认为文学文本可以客观解释的人（包括形式主义者）同那些认为无法客观解释的人之间的斗争。作者身份被构建的特征这个问题跨越了这个分界线。对暗含作者的建构促进了客观解释，因为它把文学作品同其他我们不用看到行为者的思想就能进行解释的、有目的的人类行为进行了对照。但是，非解释论者认为，试图构建一个作者的努力是武断的（或者更糟）。他们认为，这样做的后果是掩盖了解释的本质，即有多少个读者就有多少种不同的解释。读者是真正的作者。所有看过同一个剧本的不同表演的人都会意识到，剧作家给不同的解释留下了多大空间；而且，当没有表演媒介时——当读者手头只有一部小说或者诗歌时——读者必须自己扮演剧本中的角色。而读者

〔36〕关于一个引人入胜的讨论，请看 Deirdre Toomey, "Labyrinths: Yeats and Maud Gonne," in *Yeats Annual No. 9: Yeats and Women* 95 (Deirdre Toomey ed. 1991).

〔37〕对第十四修正案的平等保护条款也可以进行类似的论证：尽管批准者的主要意图是可能只是要防止针对黑人的特定类型的歧视，但是在这一条款中没有提到种族这个字眼，这证明，他们存在着一个次要的意图，即让这个条款具有更为广泛的适用性。

不止一个人。[38]

给出原旨论、新批评论和后现代主义解释在法律以及文学中的例子会使我们的分析更加深入——但是新批评论需要剪除论者本身具有的宗教或政治目的。在面对宪法第八修正案中禁止"残酷少见之刑罚"的规定时，一位新批评论的法官可能会问，这个词语建构物在伦理上可能会有什么样的令人满意的含义呢？死刑是残酷的，因为杀生是残酷的；而且死刑也是少见的，因为，现代人更感到人类生命可贵，很少有犯了死罪的人真的被执行死刑，难道不能这么认为吗？（而且，死刑在大多数西方国家中已经被废除了。）所以死刑是残酷少见的，从而应该废除。[39]相反，原旨论者会倾向于问，《权利法案》的制定者想要通过禁止残酷少见之刑罚来达到什么结果？不幸的是，他不会得到一个完全清楚的答案。他的结论可能是，他们仅仅是想禁止野蛮的刑罚，或者他们也想禁止同犯罪不相适应的刑罚，以及对不应认定为是犯罪之行为的所有刑罚，不管是

[38] 在提出这种一般性的论点之外，文学批评中的读者反应学派也提供了一些让人注意的见解。比如，Wolfgang Iser 在他的书 *The Act of Reading: A Theory of Aesthetic Response* 191－192（1978）中指出，与整本书出版相比，系列出版物（就像狄更斯的小说第一次出版时）给了读者更具创造性的角色。同读者不间断地或者以只被短暂地、无规律地打断的方式阅读一部小说相比，读者会在同样一部小说的两期出版物之间向前思考，并且会更为细致地考虑不同的可能性。所以，如果小说不是如他所料那样进展，他可能会有更大的抵触情绪；而这种前景可能反过来限制小说作者在写作小说时的自由度。读者在创造文学含义过程中的协作作用在这个例子中被表现了出来。一个更为清楚的例子就是未完成的小说，它会迫使每一个读者都去创作自己的结尾。

[39] Paul Brest, "The Misconceived Quest for the Original Understanding," 60 *Boston University Law Review* 204, 220－221（1980）.

轻还是重。[40]但是，所有这些原旨论的解读都不支持死刑是违宪的这个结论。

在文学例证方面，我提供叶芝《1916年复活节》这首伟大的诗。这里是该诗四个诗节中的后三个：226

那个女人将日间花在
天真无知的善意中，
她的晚上花在争论上
直争得她声嘶力竭。
她年轻、美丽，有谁的声音
比她的声音更甜美，
当她骑马与猎犬齐飞？
这个男子操持了一所学校，
并骑着我们的飞马；
这另一个人，他的助手和朋友
也加入了他的行列；
他的天性看来是如此敏感，
他的思想是如此大胆和亲切，
也许最终会名声远扬。
这另一人，我曾想像过，
是一个醉鬼、嫉妒虚荣的丑角。
他曾对一些与我最心心相印的人，

〔40〕请比较 Anthony F. Granucci, "'Nor Cruel and Unusual Punishment Inflicted': The Original Meaning," 57 *California Law Review* 839, 840－842 (1969) 与 Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651, 664－667 (1977). 也请看 Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991); Hugo Adam Bedau, *Death Is Different: Studies in the Morality, Law, and Politics of Capital Punishment* 105－110 (1987); Stephen E. Meltzer, "Harmelin v. Michigan: Contemporary Morality and Constitutional Objectivity," 27 *New England Law Review* 749 (1993).

干下了最令人痛苦的坏事，
但我还是在这首歌中提到他；
他，在这偶然的喜剧中，
也不再扮演他的角色；
他，如同他人一样改变了自己
完全改变了他自己：
一种惨烈之美已经诞生。

众多的心都只有一个目的
227 即使夏季和冬天似乎着了魔，
如石头，给生命之溪带来麻烦。
从大路上过来的马，
骑马者，纵横展翅的群鸟
从云朵到翻滚的云朵，
每一分钟都在改变；
覆盖于溪流之上的云影
也随时变幻；
一只马蹄滑下河沿，
又一匹马在溪中踢打；
一些长腿的雌松鸡俯冲下来，
而一些雌松鸡回应着雄鸡的召唤；
它们一分钟一分钟的活着：
而那石头就在这一切之中。

一次太漫长的献祭
可以让心变成石头。
哦，什么时候才是个够？
这是老天爷的事，我们的事，

喃喃地念出一个个名字，
如同母亲念叨着她孩子的名字
在睡眠终于笼罩了
他疯跑了一天的四肢之际。
这不就是夜之降临吗？
不，不，这不是夜幕，而是死亡；
是否这完全是没有必要的死亡？
因为英格兰也许会
对其所为所言信守其承诺。
我们知道他们的梦想；
知道他们曾梦想过并已死了
这就足够了；而即使不知道
太深的爱困扰着他们直至死亡又如何？
我用一首诗将它写下来
迈克唐纳和麦克布莱德
以及康纳利和皮尔斯
现在以及未来，
无论哪里披上了绿色，
是变了，彻底变了：
一种惨烈的美已经诞生。

标题和文本中躲躲闪闪的提及表明，这首诗在某种意义上是关于一战期间爱尔兰的东正教起义，它遭到了英国的铁腕镇压。新批 228 评论者可能会否认读者需要知道诗写成时的情况以及它所指的情况才能获得它作为艺术作品的全部含义。（但是读者还是必须知道这么多——以及绿色是爱尔兰的国色，读者很可能也必须知道——为了理解"因为英格兰也许会/对其所为所言信守其承诺"，英国在1914年曾同意建立一个爱尔兰自由国家，但计划因战争爆发而搁

浅了。）读过叶芝其他的诗也可能有帮助，尽管这也很有问题——因为，为什么诗人其他的诗不像他的生平一样被认为与本诗无关？这是关于阅读一个文本的正确语境的一个令人丧气但不可回避的问题。没有作品是可以在真空中理解的；但是一旦语境的因素被引入（它们必须被引入），那么我们就无法确定终点应该在哪里。它是不是应该在文本不再是不可理喻的那个点上？或者读者是不是应该持续不断地寻找更为丰富、更为完整的含义——可能是一个私人的、高度个人化的含义？谁又说得清楚？

原旨论者会认为有必要指出，第二个诗节中提到的四个人都确有其人，并且其中三个——三个男人（皮尔斯、迈克唐纳和麦克布莱德）——被处死了；在诗中被描述为“一个醉鬼、嫉妒虚荣的丑角”的麦克布莱德是莫德·冈娜的前夫；并且，叶芝像很多盎格鲁-爱尔兰人（即新教徒）一样信仰爱尔兰的独立，但是并没有为此做过什么，并且实际上他一生中大多数时间都居住在英格兰。[41]叶芝迷恋着，或至少是假装自己迷恋着莫德·冈娜，她是爱尔兰独立起义的煽动者，尽管她本人是个英格兰人；叶芝的很多诗都直接或者间接地提到过她，本诗的例子是通过提到麦克布莱德少校提到她的。第二诗节中的女人，即康斯坦斯·马修维茨（Constance Markiewicz），因为参与东正教起义而被判处死刑，但是她的刑罚被减刑为监禁，不久即被释放。你可以参观她的家莉莎戴尔，位于叶

[41] James D. Boulger, "Yeats and Irish Identity," 42 *Thought* 185, 189 - 194 (1967); Elizabeth Cullingford, *Yeats, Ireland and Fascism* 91 - 98 (1981); Hugh Kenner, *A Colder Eye: The Modern Irish Writers* 180 - 182 (1983); C. K Stead, "Politics as Drama," in *William Butler Yeats: A Collection of Criticism* 51 (Patrick J. Keane ed. 1973).我不同意赛德（Said）的观点，即叶芝诗中的固有主题可以解释为他曾经是一个反对帝国主义压迫、从事文化起义的殖民地居民。Edward W. Said, *Culture and Imperialism* 237 - 238 (1993).作为新教统治层的一分子，叶芝属于殖民阶层，而不是被殖民阶层，这有些像卡缪，尽管叶芝对爱尔兰独立的立场要更为比卡缪对阿尔及利亚独立的立场要更为清晰——这有些矛盾，因为叶芝从出生时起就是殖民阶层中比较富有的一个成员，而卡缪是在贫困中长大的。

芝出生的爱尔兰小镇斯莱戈附近，并且能够看到她的照片。叶芝认为，她像莫德·冈娜一样都受到了女人不应有的专注政治的毒害。第二诗节中提到的帕迪拉克·皮尔斯的学校名字是圣安达学校。

所有这些都非常有趣，并且对于叶芝的诗的强烈兴趣让人几乎无法抑制地把兴趣延伸到他的生活和时代，从而发现了他诗中其他自传性质的指称。正是这种对于作品背后的那个人的自然好奇心驱动着对于著名人物传记的需求。你可以参观柯尔庄园，看一看叶芝在《柯尔庄园的野天鹅》中数到59只天鹅的那个湖。[42] 在叶芝的湖畔度假房屋托尔·巴雷利旁边的礼品商店中，你可以看到罗伯特·格雷戈里少校的照片，他是叶芝的资助人和朋友奥古斯塔·格雷戈里女士的儿子，也是他两首最好的诗的描写对象，即《纪念罗伯特·格雷戈里少校》以及《一位预见到自己死亡的爱尔兰飞行员》。（你在那里也可以买到矮精灵玩具。）你可以在鼓崖公墓参观叶芝的陵墓，它就在本·布尔本山（爱尔兰最高的山脉）脚下，并且读一读叶芝请人在自己墓碑上刻下的伟大墓志铭——“对生命，对死亡/投上冷冷的一眼，/骑马者，向前！”*

229

但是，在做了所有这些事情甚至更多以后，我们有没有距离诗歌更近？我认为没有。叶芝诗中赞美的自然和人文景观，当我们是直接看而不是通过诗的媒介来看时，看起来非常普通——我是作为一个读叶芝的诗40年而乐趣不减的读者说这番话的。即便东正教起义也一般认为是一个草率的计划，如果不是因为英国愚蠢地决定处死起义的领导者——也许也有叶芝的诗的原因——东正教起义就成为一场政治灾难。当然，对于一些人来讲，一部文学作品仅仅是通向作者及其时代和地点的一扇窗户，是一部历史文件，就像前面

[42] 我在参观时数到了一只。

* 中译文引自“柯尔庄园的野天鹅，”参见裘小龙译，叶芝诗选《丽达与天鹅》，漓江出版社，1987年，页110。——译者

章节中所引用的兹奥尔科斯基关于法律与文学的书中认为的那样。他们有权以这种兴趣来对待文学作品，但是他们也错过了很多东西。天才总是产生在脆弱的容器中，被单调乏味的环境所围绕：关于叶芝或关于他的亲属以及他大多数的熟人和朋友，包括关于莫德·冈娜，最重要的事情就是叶芝的诗，而他的诗决不仅仅是他的生活和他的时代在纸面上的投影；如果被视为窗玻璃或者望远镜，那么他的诗就被缩小了，甚至变得浅薄了。《1916 年复活节》对于我的论点来讲是一个具有挑战性的个案，因为它毫无疑问是叶芝生平以及现代爱尔兰历史上的一个重要文件。但是它吸引人的主要地方，至少对我来说，却在别处——在这首诗戏剧化反映了革命运动对人类个性的变革性作用，轻快的节奏使它部分地变得更具感情的震撼力。这些变革性的作用被令人恐怖地混合在一起（所以有“惨烈之美”这个叠句）。一方面，那个醉鬼、嫉妒虚荣的丑角不再扮演他在偶然喜剧中的角色；另一方面，一次太漫长的献祭可以让心变成石头并且成为徒劳，因为英格兰也许会对其所为所言信守承诺。倒数第二个诗节（“众多的心都只有一个目的……”）既是最非政治化的，同时也是最为美丽的。

230

我对马韦尔关于克伦威尔的颂歌有着同样的反应，它是另一首政治性诗歌。该诗中惹人注目并让人难以忘怀的东西与克伦威尔这个历史人物无关，而是有关具有代表性的伟人形象、同戏剧性紧密相连的关于（克伦威尔和查理一世都具有的）伟大的理念、[43] 诗中对克伦威尔所表露的矛盾态度、以及对绞刑架上的查理一世（但也可以是任何伟大人物）的引人注目的描述。“在那难忘的场面他没有/做什么事情平常或下流，”诗人对这个场景进行评论，“这就是那令人难忘的时刻/首先保证了权力的夺得，”在结束的两行中忧

---

〔43〕 请注意《1916 年复活节》中类似的暗示，即一个人“在这偶然的喜剧中，/也不再扮演他的角色。”

郁地加上："它还具有同样的艺术/把获得的政权紧紧维护。"*

我无法证明，对于叶芝或马韦尔，美学或形式主义进路比生平的、历史的或政治的进路更好，我甚至也无法证明，文学作品的美学或形式主义进路在本质上不是政治进路。一些人对作者而不是他写的东西更感兴趣，对过去而不是现在更感兴趣，还有些人看生活中的一切都要戴上政治眼镜。对于任何进路，我所能够确定的是，关于残酷少见之刑罚的规定在解释上的问题同我所讨论的诗在解释上的问题是不同的，因为这条规定在我们生活中所起的作用不同于诗歌在我们生活中所起的作用。这一条规定几乎没费什么争论或讨论就被加入《权利法案》，其目的是安抚一些人，这些人担心宪法规定的强有力中央政府会模仿英国的做法，使用刑事惩罚来胁迫政治对手。这种担心是针对特别野蛮的、从而也就是特别具有胁迫性的惩罚方法，也有可能是担心会把不具违法性或轻微违法的行为规定为犯罪。不存在将这一禁止具体化的任何努力；起草者们满足于照搬英国1689年《权利法案》中的"残酷少见"一词，把它作为一个一般性的简明公式。将其具体化会花很多时间，而且可能会产生无法化解的争议，因为人们更容易赞同一般性表述而不是具体表述。在必要时，法院会对这一禁止作出解释。这种刑罚的邪恶之处在立法过程中可能尽人皆知，这在当时来讲就足够了。在一个多样化的团体中，除非可以用一般性的语言来掩盖一些争议、把这些争议留给法院解决，否则就无法达成共识，甚至也无法达成多数意见。宪法文本中没有将禁止残酷少见之刑罚的规定具体化还有另外一个原因，当我们回头审视时，我们会看到这个原因决定着该禁止是否能够成为对刑罚的一个有意义的限制；原因就是，将之具体化会降低它对社会和技术变化的适应能力——社会的残酷概念的变

231

* 中译文引自，吴钧陶译，"为克伦威尔从爱尔兰归来作贺拉斯体颂歌"，载于《英诗金库》，罗义蕴等编注，四川人民出版社，1987年，页311。——译者

化，特定刑罚使用频率的变化，以及在技术上可以做到让人痛苦或感到耻辱的刑罚方法范围的变化。

尽管这条规定的语言很具一般性，但是我们不应该轻视起草者或批准者的意图。当法院阅读宪法时，它所寻找的是指引。如果它觉得自己可以随意对“残酷少见之刑罚”作出字面允许的任何解释，那么它就无法找到指引。所以，新批评论进路会使宪法第八修正案授予法院不受约束的规范刑罚的权力。确实，罗纳德·德沃金在解释制定法时使用的会是哲学标准而不是文学标准。但是在政治哲学中对这些重要问题的共识并不比美学中的共识更多。就死刑这个特定问题，一些哲学家和具有哲学倾向的法律人认为正义就要求有死刑，这是康德的观点；而其他人则认为，正义禁止死刑的存在。[44]德沃金的进路除了不确定以外，它还给法官加上了智识的担子——要求他们成为哲学王——而法官不适合承担这种责任。（重要的是，他把自己的典型法官称作“赫尔克里斯*。”）新批评论者对伟大文学作品所能达到的一致解释仅仅限于他们分享的一些美学价值观，这些价值观会告诉他们如何解释一首暧昧的诗歌才能使其成为最佳的美学对象。我们不能期盼，新批评论在法律上的对应物能够就伟大的法律文本产生趋同的解释，而不必首先对基础的价值观问题达成类似的一致。

但是原旨论是否能够做得更好？老练的法律原旨论承认，宪法制定者们可能是想规范一组自己不能真正完全预见的行为——他们的意图可能是，在规定的限度以内，应该以其他人的意图（比如在遥远的将来适用立法者作品的那些法官的意图）为准，而不是以立法者

232

[44] 请看，例如，Tom Sorell, *Moral Theory and Capital Punishment* (1987); Ernest van den Haag and John P. Conrad, *The Death Penalty: A Debate* (1983).

* 大力神，主神宙斯之子，是力大无比的英雄。——译者

自己对于未来的想像为准。[45]这种认识可能在很大程度上使原旨论不能成为一种有用的解释策略（这并不让人惊讶，因为我们前面讨论过形式主义同原旨论之间的交叉——巴尔金的“嵌套的对立”）。在很大程度上，但并不完全，因为关于原旨之意图的问题主要出现在法律规定以模糊的或者一般性的语言出现的时候。当规定很具体时，比如在那个35岁的条款中，作者的意图通常是明显的。

一般性语言对于解释自由度的作用也可以在诗歌中看到。考虑一下叶芝的诗《第二次来临》中那个著名的对句：“最优秀的人失去了一切信念，/而最卑鄙的人狂热满心间。”* 尽管诗歌倾向于具体和特定，但是叶芝在这里使用了一般性的语言，创造了一个适用范围很广的格言。很多第一次读到它的人都会联想到20世纪30年代对法西斯势力实行绥靖政策的那些民主国家。因为这首诗写于1919年，所以叶芝不可能想到20世纪30年代的政治形势。但是我们无法反对这首诗是“关于”那种形势的说法，就像我们原则上无法反对“从预言的角度”阅读卡夫卡。斯威夫特的《小小的建议》与《第二次来临》不同，它意在评论爱尔兰，所以要拐些弯才能想到它也有关越战（可能说“适用于”比“有关”要更好）。对于叶芝的对句不用拐什么弯，因为它不是讨论时事的。并且，《第二次来临》的语气就是预言性的；如果其中的一个预言真的变成了现

[45] 赫什(Hirsch)是最主要的原旨论文学批评家，他在对制定法解释的一个简要讨论中论述得极为正确。Hirsch，上注[23]，页124－125；也请看 Hirsch，“Counterfactuals in Interpretation，” 3 *Texte: Revue de critique et de théorie littéraire* 15（1984）.宪法制定者实际上想要区分该文件的“意图”以及作者的“意图”（即作者本人，如果只知道自己在写宪法时所知道的东西，会怎样决定一个产生于宪法的特定案件），并且只想让前者来指引解释，这一点的论证请看 H. Jefferson Powell，“The Original Understanding of Original Text，” 98 *Harvard Law Review* 885（1985）.关于相反的论证，请看 Charles A. Lofgren，“The Original Understanding of Original Intent?” 5 *Constitutional Commentary* 77（1988）.

* 中译文引自“第二次来临，”《丽达与天鹅》，裘小龙译，漓江出版社，1987年，页160。——译者

实，那么这首诗很容易就“意味着”它。[46] 宽泛的宪法语言也有相同的特征，可以很容易适用于未被预见的情况。

对于华兹华斯下面这首无题抒情诗的含义的争论[47]进一步例证了原旨论所存在的问题：

233

一阵昏暗把我精神封闭，
　　她不知人间惊恐，
似乎那悠悠岁月的推移
　　丝毫不使之悸动。

运动和力量，都非她所有，
　　听不闻，视不见，
只随同山岩、树木和石头，

---

〔46〕 罗伯特·H·伯克（Robert H. Bork）的书 *Slouching towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*（1996）是文化悲观主义的悲叹，它用整首《第二次来临》作为序言，然后评论说：“一个正在解体的世界，然后被野蛮的力量所左右，这个形象说明了我们现在的恐惧……颓废这头野兽，在孕育了很长时间以后，已经在之前的30年中成熟了，现在它让我们懒洋洋地走向我们的新家，但这个新家并不是伯利恒（耶稣诞生地——译者），而是俄摩拉城（罪恶之都，该城因居民罪恶深重被神毁灭——译者）。”Bork，同上，页vii。这很生动，但是却误读了这首诗。那头“野兽”（“什么样的野兽，终于等到它的时辰，/懒洋洋地走向伯利恒，来投生?”）并没有逼迫任何人去伯利恒；“懒洋洋地走”并不是及物动词。所描写的是一个被去掉了基督教特征的基督的第二次来临，其中的基督并不是作为和平王子的耶稣，而是作为打破平庸和懦弱的人（“……但我现在已明白，/20世纪的死气沉沉的睡眠/给晃动的摇篮摇入恼人的梦魇”）。那头“野兽”是一个救赎的形象，尽管这个形象不够传统。并且颓废是平和的，而不是粗暴的。（本注中所引的《第二次来临》的中译文引自《丽达与天鹅》，裘小龙译，漓江出版社，1987年，页160－161。——译者）

〔47〕 相关讨论请看 Hirsch，上注〔23〕，页227－230，以及 Walter Benn Michaels, “Against Formalism: The Autonomous Text in Legal and Literary Interpretation,” 1 *Poetics Today* 23, 29－30（1979）.

共不息地球旋转。*

争论的中心是，读者是否应该为露茜（Lucy）（即那个年轻女孩的名字，我们从前后的诗中能推断出来）的死感觉到恐惧[48]或感觉到慰藉。有外在的证据表明，华兹华斯写这首诗时是个泛神论者，他认为岩石、石头和树木都是有生命的，这表明他意图让读者因为露茜同它们一起轮回而感到慰藉而不是哀伤。[49]如果这是他的意图，那么他所取得的效果并不完美。没有运动、没有听觉、没有感觉的露茜永远"随同山岩、树木和石头"一起旋转（最后一行的节奏加强了一种循环、反复而且可能令人眩晕的运动感），这个形象很可怕。如果我们想要保存这首诗的美学价值，那么我们可以赋予它一个潜意识的意图，它同华兹华斯赞扬泛神论的有意识的愿望相互冲突，并且超越了后者；或者我们可以说，他的基本意图是要写一首好诗；或者我们可以抛开原旨论，仅仅说我们对诗而不是对作者生平感兴趣——不是对诗人"可能想说的"东西感兴趣，而是对这首诗"可能意味着"什么感兴趣。[50]

如果当原旨同作品本身所说的东西——换句话说，就是暗含的作者所说的东西——发生矛盾时我们放弃原旨，那么原旨可能根本就不应该进入解释。理查德·贝内斯（Richard Baines）是克里斯托弗·马洛（Christopher Marlowe）同时代的人，他在马洛死后不久写 234

---

* 中译文引自，"一阵昏暗把我精神封闭，"载于《华兹华斯抒情诗选》，谢耀文译，译林出版社，1991年，页105。——译者

[48] 找到露茜的历史原型的努力失败了。Mary Moorman, *William Wordsworth: A Biography: The Early Years*, 1770－1803 423－428 (1957). 顺便说一句，这种从前后的诗中进行推断的过程例证了作者建构的作用：同其他可以被合理地认为具有相同的一般性观点的作品、或者说是可以被认为是的同一个拼图游戏中的拼图板块的作品进行比较，这种方式可以用来提高理解。

[49] 请看 Michaels，上注［47］，页30。

[50] Stein Haugom Olsen, *The End of Literary Theory* 37 (1987).

到，马洛曾夸口说自己是个无神论者。尽管贝内斯可能是在撒谎，但是他所说的东西存在着确证。[51]但这并不能证明《浮士德博士》是亵渎神明的作品而不是保守的作品。即使马洛确实是个无神论者，他也可能想写一部传统戏剧。他可能会认为，这样的戏剧同无神论戏剧相比要更加优秀、更加有趣、更富有戏剧性或会更受欢迎——特别是因为，被认为鼓吹无神论的戏剧会被查禁。他可能仅仅是想避免麻烦；在16世纪末的英国，无神论者仍然会被绑在火刑柱上烧死。知道马洛很可能是个无神论者，这一点会让我们对《浮士德博士》中的非基督教暗流更加警觉——对浮士德在怀疑与信仰之间的踌躇不决更加敏感——如果我们认为马洛是坎特伯雷大教堂的大主教，我们就不会这样了。但是我们不能通过参考马洛的信仰来确定这部戏剧的含义。

华兹华斯的抒情诗也可以被用来指明新批评论同（文学）解构之间的区别——还有联系。下面引用的是J·希力斯·米勒（J. Hillis Miller）对该诗的一段讨论：

> 露茜既是处女生的孩子，又是失踪了的母亲，是地球母亲，生了叙述者，然后就抛弃了他。但是，男性和女性在大地上变成了一体，所以露茜和叙述人是"相同的"，尽管诗人也是永远排除于露茜之外的异体、一个不为人需要的增生物，就像一个被抛弃的孩子一样。这两个女人，即母亲和女儿，越过了中间的男性一代。她们已经消除了男性一代的统治权，消除了其逻辑理解的力量，它是男性最为杰出的权力……诗人自己因为想到了它而在某种程度上导致了露茜的死亡。思考以相反的镜像概括了地球时间的行动，触摸、穿透、拥有、杀死、包含它，

[51] 关于对这些证据的具有判断力的概括，请看J. B. Steane, "Introduction", in Christopher Marlowe, *The Complete Plays* 9, 12 – 15 (J. B. Steane ed. 1969).

把它物变成自我，所以只剩下了一具尸体、一个空洞的标记……露茜的名字当然表示光线。拥有她是重新找到光源的一个方法，光源，即作为逻各斯的太阳父亲，是终极权力和意义的源泉……尽管地球每天都旋转，但是那个地球好像吸收了所有的光线。即使月亮，作为夜晚反射和间接的太阳光源，从而也是露茜的象征，也陨落了……这种对逻各斯光芒的丧失，以及同时对那种丧失的后果的经历，就是华兹华斯所有诗的剧情，特别是他“一阵昏暗把我精神封闭”的剧情〔52〕

在这种批评中，文学作品变成了通向批评者心智的一扇窗户，就像在严格的原旨论批评中，文学作品变成了通向作者心智的一扇窗户一样。在令米勒的文章具有自由联系风格的那些铺陈当中，请注意他对“露茜”这个词的词源的强调，尽管这个名字没有在这首诗本身中出现，也没有在其题目中出现（它没有题目）。这是一个标准的解构手法——特别是因为解构主义者极其着迷于光线的形象。光线让他们想到把理解比喻为看到，这个比喻反映了解构所挑 235

〔52〕 Miller, “On the Edge: The Crossways of Contemporary Criticism,” in Romanticism and Contemporary Criticism 96, 108 – 110（Morris Eaves and Michael Fischer eds. 1986）. 关于文学解构的另外一种口味，请看 Barbara Johnson, “Melville's Fist: The Execution of *Billy Budd*,” in Johnson, *The Critical Difference: Essays in Contemporary Rhetoric of Reading* 79（1980）. 梅尔维尔的短篇小说在被解构后变成了关于阅读危机的小说，其中的人物变成了不同类型的读者，并且被“批评”的法律是示意的规律。对卡夫卡进行的解构导致了像《刑罚殖民地》中的那种概述：“卡夫卡用哈珀·马克斯（Harpo Max，原名为阿瑟·马克斯，1893 – 1964年，美国喜剧演员。——译者）式的爱好描写了逻各斯坠入时间的过程。” Allen Thiher, “Kafka's Legacy,” 26 *Modern Fiction Studies* 543（1980 – 1981）. 还有德里达对《在法律面前》的解构，他在其中发现了性的意涵，因为“门”在法语（当然不是卡夫卡写作时所用的德语）里是 *porte*；拉丁词组 *ante portas* 是医学术语，表示早泄；所以那个乡下人从来没能成功地进入法律的大门。请看 Derrida, “Devant la Loi,” 上注〔13〕，页143并且我在第5点（注〔15〕）中提到了对《奥德赛》进行的解构性解释，它让奥德修斯编造了自己在特洛依战争后的历险故事。

战的“存在哲学”。

对于一个从未听说过解构的人来说，米勒的论文可能看起来仅仅是新批评论的一个极端例子。但是，“极端”这个词包含着一个基本的区别。对合同的司法解释主要是形式主义的；只有在个别例子中，才能引入外来证据来改变我们在没有这种证据的情况下从书面合同中引出的含义。但是对合同的解释有好坏之分，而且，对“一阵昏暗把我精神封闭”也同样存在着好解释与坏解释。米勒的解释是最差的之一。

就像我们看到的，对作者的有意识意图的忠实程度可以从位于一端的严格原旨论，延伸到位于中间的形式主义，直到位于另一端的解构（以及更为一般的后现代主义）。[53] 一般地讲，但就像我们将要看到的并不总是这样，对制定法和宪法的解释应该比文学更接近于原旨的一端。诗人在努力创造一件艺术作品，它是一件美丽和快乐的事物。他或者成功或者失败。如果他成功了，那么我们就不会关心他的意图多么平庸；而如果他失败了，我们也不会关心他的意图多么高尚。立法机构则是在试图给出命令，这不但指向立法意图规制其行为的那些人，而且也指向那些将在具体案件中适用这些法律的法官。命令是设计用来在发出命令者的大脑同接收命令者的大脑之间建立一种直接渠道。它是一种交流，需要按照发出者的意图进行解码。如果一条信息在传递过程中错乱了，那么你可以请发出者重复该信息；这就是实践中的原旨论。如果你找不到发出者，那么你可以从自己对他的了解以及失败的消息的情况来推断，如果

〔53〕这一个系列在威廉·艾姆伯森（William Empson）颇具影响的批评作品中变成了一个环形，他是个自由解读的封闭解释者（有时过于封闭了，请看 John Crowe Ransom, *The New Criticism* 121－130［1941］），常常把自己的解读基于对作者意图进行的特别具有推测性的重构。

他在场他会怎么做。[54]在这里，正确的分析又一次是原旨论的分析。令原旨论在文学批评中很有市场的原因，除了人们错误地寻找权威的文学解释，还有就是对于艺术家个性的一种浪漫主义的着迷——其中的艺术作品是放射物而非建构物。这就是为什么对一种想法存在着抵制，即莎士比亚的戏剧是由“那个斯特拉特福人”(Stratford)*写成的，而不是由像弗朗西斯·培根或者牛津伯爵这样简历更为惹眼的人写成的。[55]一部制定法是一种放射物，这是其权威性的先决条件。

请注意，当我把立法件文本描述为命令或者交流时，我所做的恰恰是解构主义者所抨击的事情：我更喜欢口头的而不是书面的语言；也就是说，我在以口头表达的模型来思考书面语言，而口头表达是比书面表达问题更少的一种交流形式。我所做的同时也是新批评论者抨击的事情：拒绝把法律文本当作迷人的多角度建构物，而是把它当作作者同读者之间建立清楚交流途径的一种努力。但我为什么不能这么做呢？有些制定法是开放的，但是大多数制定法并非如此，而开放性是伟大文学作品的特征。别忘了，文学作品恰恰是因为超越了时间和文化界限才被称作是伟大的。它们对不同人具有不同含义，这一特征并没有什么问题，因为文学的作用并不是规定行为准则。

很多伟大文学作品——这是新批评论者的一个中心见解——所　237

---

〔54〕这并不是一个新的解释进路。它是亚里士多德的制定法解释理论（请看《论修辞》［*Rhetoric*］第1卷第13章），并且在宪法发布前不久由约翰·亚当斯（John Adams）进行了十分清楚的说明。请看 Leonard D. White, *The Federalists* 130 (1948)，所引用的 John Adams, *Works*, vol.8, pp.11–12 (1853)。

* 斯特拉特福是莎士比亚的故乡。——译者

〔55〕James D. A. Boyle, “The Search for an Author: Shakespeare and the Framers,” 37 *American University Law Review* 625 (1988). 这些人并不知道赫胥黎的格言，它不但适用于其他作家也同样适用于莎士比亚。

达到的是对立力量之间的一种平衡，而不是一种抵消。请回忆一下马韦尔对克伦威尔的矛盾态度。归属于一边或者另一边——支持克伦威尔或者反对他——并不是这首诗所要达到的效果。制定法也可能是矛盾的，因为没有成功的前瞻性或因为妥协的压力。但是，当一部制定法牵涉进诉讼时，法院必须采取某种支持当事一方或另一方的解读。它不能陶醉于制定法的模糊性当中。

意义与信息在文学中比在法律中更倾向于彼此分野。我们能通过释义法从任何文本中归纳出清楚确定的信息。《浮士德博士》传达的信息是，如果你同魔鬼订立协议，那么你最终会后悔。在信息层面上，大多数文学作品都是清楚的，但也是平庸的；让它们变得不清楚的原因是，我们对只停留在那个层面上不感兴趣；我们会寻找更深刻的含义，它可能同表面含义并不一致。但是信息层面是制定法或宪法文本惟一有趣的层面，除非该文本仅仅是司法想像力天马行空的飞行发射架。这也是为什么派勒—塔什奈特对宪法年满35岁规定的解释让人觉得愚蠢或想争论，而不是聪明的解释。

很多当代批评者都不愿被文本束缚。他们“为了自己能够从中得到的东西而研究它，而不是为了得到一些正确东西的满足感而研究它。”[56] 公众对这种司法功能概念会感到恐怖。文学原旨论者对权威解释（对他们来讲就是忠于作者意图的解释）这个想法的关注脱离了正确对象。合法性问题在文学批评中不一定出现，但这个问题却是法律和政府的中心问题。文学原旨论者想要成为法律人但没能成功；法律新批评论者想要成为文学批评家却失败了。前者要求

[56] Richard Rorty, *Consequences of Pragmatism* (*Essays*: *1972 - 1980*) 152 (1982). 也请回忆我在上注〔17〕中对 Hartman 进行的引用。

有一种对于解释的节制，但这种节制是法律而不是文学所要求的；[57] 后者想要寻找一种解释的自由，但这种自由是文学所允许、而为法律所不容的。

朱尔这样的原旨论者承认文学的不可穷尽性、在潜意识里存在意图的可能性、以及过于依赖历史和生平材料作为作者意图线索的危险，[58] 对于他们来说，原旨论的几乎全部意义就是要排除无法归诸于作者有意识的或潜意识意图的那些解释。这些解释主要是暗示预言的天分（例如，把《审判》解释为有关警察国家的寓言，把《第四首田园诗》[*Fourth Eclogue*]* 解释为耶稣诞生的寓言，或者把《第二次来临》解释为有关慕尼黑条约的寓言），或者同明确的生平或历史信息相冲突。朱尔用《J·阿尔弗雷德·普罗弗洛克的情歌》（*The Love Song of J. Alfred Prufrock*）中的一个段落作例证："那么到底值不值得……把这个世界捏成一个球。"** 朱尔说，假定我们知道，艾略特从来没有读过马韦尔的《致他的娇羞女友》（*To His Coy Mistress*），其中含有以下的诗行："让我们把我们全身的气力，/把所有我们的甜蜜爱情揉成一个球。" 朱尔论证说，那么我们

---

〔57〕 赫什指出，存在着一种"［文学的］辩护制度，就像法律中所存在的一样。辩护者的任务是拿出对自己一方有利而对对手不利的证据……但是，因为没有法官，所以所有相关的证据都无用地漂在那里……［所以］除非辩护者不时地承担法官的角色，这些活动不会对知识有什么实际贡献。" Hirsch，上注〔23〕，页197。但是，并不存在可以用来指定对文学解释中的争议进行裁判的权威法官的机制；这种机制也不会受到欢迎。并且，自己任命的无权的法官并不能被近似地类比为真正的法官

〔58〕 请看 Juhl，上注〔23〕，页135，151，225—230；也请看 Hirsch，上注〔23〕，页22（"非常可能存在一个人没有意识到自己意图的情况"）以及他的讨论，载于"Counterfactuals in Interpretation，" 上注〔42〕，这是关于区分一部作品的主要意图与局部意图、以及区分它的精神与其字面含义的重要性。

* 该诗的作者维吉尔是古罗马诗人，他把这首诗送给了罗马第一个公共图书馆的创建者普里奥（Pollio），认为他带来了一个"黄金时代"——译者

** 中译文引自，艾略特著，汤永宽译，《情歌·荒原·四重奏》，上海译文出版社，1994年，页8。——译者

就不能把引用马韦尔当作艾略特诗的含义的一部分。[59] 为什么不能？为什么不能说艾略特歪打正着——对于那些记得马韦尔的诗并且会把那个情人求爱时所饱含的热情同普罗弗洛克的犹豫进行比较的读者来说，艾略特通过选词碰巧丰富了诗的含义？

与此相关的一点是，因为“文学解释的目的是揭示好作品之所以好的特征［，］……所以自恰性和复杂性是作者意图的标准，它们优先于作者本人在交出文本后就作品美学特征所说的任何东西。”[60] 新批评论在方法论上最重要的创新就是采用了一种完全自恰的假设——即假定一部文学作品的所有细节都不是偶然的，它们全都以某种方式对作品的含义和情感效果做出贡献。[61]通过研究一部作品的细节及这些细节间的相互关系，我们会开始理解一部伟大作品是怎样把我们迷住的。在《柯尔庄园的野天鹅》中，我们感觉到了自然的神秘和遥远，这是一个通过奇怪、但却不知为什么“正确的”并列做到的，即在描写湖上面的天鹅的时候把“冷冷的”同“友好的”这两个词并列起来：

239

还没有疲倦，一对对情侣，
在冷冷的友好的河水中
前行或展翅飞入半空，
它们的心依然年轻，
不管它们上哪儿漂泊，它们

---

〔59〕 Juhl，上注〔23〕，页 58－59。

〔60〕 Olsen，上注〔50〕，页 51。

〔61〕 Robert Penn Warren，"A Conversation with Cleanth Brooks，" in *The Possibilities of Order：Cleanth Brooks and His Work* 1，15（Lewis P. Simpson ed.1976）（布鲁克斯的话）。这个假定是可以被反驳的；存在着极端不完美的文学作品，相关论证请看 Herschel Parker，*Flawed Texts and Verbal Icons：Literary Authority in American Fiction*（1984）。

总是有着激情，还要赢得爱情。*

当用于制定法的时候，相同的解释技术——即给每个细节都赋以意义——是一个为人熟知的错误之源。制定法和宪法是匆忙写就的，作者是一些并不一定很有能力、也不一定很勤勉的大忙人，但我们无权忽视那些匆忙写就的或者老套的规定、而只注意那些最为伟大的规定。还有，它们是委员会的产品，即立法机关的产品，而不是一个单独头脑的产物——而这个委员会的成员可能会有着彼此分歧的目标。所以，一部制定法很可能会含有无意义的重复以及前后不一致。假定其每一个词都有意义，假定每一部制定法都是天衣无缝的整体，这可能是个有用的原则（请看第4章）；但是，如果只就其本意来说，这种做法误解了立法过程的性质，可能会导致错误的解释，至少当作者意图在制定法解释中具有重要性时是这样，并且我认为作者意图是重要的。一个类似的错误就是假定，法院进行解释时的任务就是要让制定法或者宪法规定成为法院所能想像的最佳法律规则，因为可以假定立法者是在努力制定自己所能制定的最佳法律规则，就像叶芝努力把《柯尔庄园的野天鹅》写成自己力所能及的最好的诗一样。这是对立法意图采取了不现实的态度，实际后果是用法官的意图代替了立法机构的意图——这种后果比用批评者的意图代替华兹华斯或叶芝的意图更为严重。如果立法文件所意图的含义在法院已经尽了最大努力后仍然无法理解，那么法院就没有别的选择，只有给立法文件强加一个含义，并且在这种情况下德沃金的进路可能是最佳的，因为在那种情况下，现实地讲，法官就是立法者。但这只是例外情况。

文学批评者运作的市场比法官们运作的市场更具竞争性。前者 240

* 中译文引自“柯尔庄园的野天鹅”，载于《丽达与天鹅》，裘小龙译，漓江出版社，1987年，页109。——译者

的过度之处必须接受文学作品本身必须经历的那种市场检验——它们是否会被其他批评者或公众读者接受？最高法院则不需要让任何人相信自己的“解释”的正确性；它所说的话就是法律。在解释与立法之间还存在着一个反馈的循环圈。如果解释过于不稳定，那么新的立法活动就会受到阻碍，因为立法者无法预测自己立法的效果。在批评者同作者之间并不存在类似的循环圈。而且，立法机构通常会生产出公开的“立法历史”，可以用来帮助引导司法解释。文学作品作者有时会提供对自己作品的解释，但是，出于前面讨论过的原因，这些解释常常不可靠。有时作者会保留自己没有发表的手稿，这可以类比于在被通过的制定法之前经常存在的未被通过的法案。但是，尽管在理解创造性写作过程中它们具有极高价值，但是作者的草稿很少会消除解释的迷雾；这是斯道沃西认真研究叶芝的手稿得到的教训。提取作者意图比提取立法意图要困难得多。提取作者意图常常是通过对不完全信息作肤浅的心理分析：比如落到卡夫卡头上的命运，当然还有其他不完全信息。

而且，立法机构至少已经决定要颁布正被解释的法律了。很多文学作品（包括《审判》和《比利·巴德》）在作者死去时尚未完成，这就使我们不能确定作者是不是意图让我们阅读这些作品。卡夫卡留下遗嘱要销毁他所有未出版的作品，尽管我们并不清楚他意图我们在多大程度上认真对待他的遗嘱。我们并不知道莎士比亚认为自己戏剧的多个版本中哪一个才是权威的，如果存在这么一个权威版本的话。在这些情况下，原旨论存在着深刻的问题。

法律解释中的统一性比文学解释中的统一性更为重要，这很明显，与此相关但不那么明显的一个观点是，相同作品同时存在多种解释，这对于文学市场来说可能是一种平衡状态，但在法律中却是一个不平衡的根源。读者对一个文学文本的解释受他所了解的东西的影响；并且不同的读者知道的东西是不同的。一辈子研究莎士比亚的人永远也无法把自己对莎士比亚语境的理解传达给一个非专业

人士；涉士比亚戏剧对专家与非专家来讲总是意味着不同的东西。艾略特的第四首四重奏《小吉丁》对于知道“黑黝黝的鸽子喷吐着忽隐忽现的火舌”*是指第二次世界大战中轰炸英国的读者来说会产生额外含义，这种意义在诗本身中并不明显，但是每一位艾略特诗歌研究者都会如此认为。同没有读过或只读过很少叶芝诗的人相比，对于读过叶芝很多诗的人来讲，《柯尔庄园的野天鹅》会产生更丰富的含义，因为后者会意识到，天鹅在叶芝的诗里不仅具有其一般含义，而且具有象征自豪、勇气和力量的深层含义。[62] 如果同卡夫卡的法律寓言（比如《我们法律的问题》）放在一起读，《审判》会比单独阅读时具有更多色调的含义。但是，我们不能说，你如果没有广泛阅读、深入思考这些作家的作品，也没有进一步让自己沉浸于他们阅读的东西中，你就不能理解一首叶芝的诗或者一部卡夫卡小说。只有专家才拥有伟大文学作品的真意，这种假定是不正确的。那些作品的作者并没有想要那样；他们不是为了一小撮教授写作的。 241

但是，尽管这样法官就有了很多理由觉得自己不像文学批评者那样自由，但是他也有同样多的理由觉得要比文学批评者更自由。一个立法机构并不是一个单独的头脑，确定集体意图常常有很多问题，并且有时是不可能做到的。并且，很多立法所反映的是妥协而不是一致同意，而达到妥协的方法之一就是使用一般性的语言，实际上就是把完成立法的任务转嫁给法官。原旨论和新批评论在这里都不能提供有帮助的类比。但是，我承认，我努力在法律与文学之间划出的界限被文学中常见的集体作者弄模糊了。[63] 例如，我们

---

* 中译文引自，艾略特著、汤永宽译，《情歌·荒原·四重奏》，上海译文出版社，1994年，页125。——译者

[62] 深层次，但却并不是独一无二：请比较叶芝的诗《塔》（The Tower）中对垂死天鹅的描写与苏格拉底在《费德鲁斯》84e–85b中对“天鹅之歌”的解释。

[63] 请看上注〔8〕。

看到的《哈姆莱特》就是很多人合作的产物，包括莎士比亚、他所利用的资料的作者、早期那些弄乱了莎士比亚文本的出版商、其即兴插入的话被充实进文本的那些演员、[64]对不同版本进行编辑的那些现代编辑、以及用剧本演出的那些制作人、导演和演员。

遵循前例（即按照在先的判例进行判决）的原则也使制定法和宪法解释脱离了制定者的意图。当一个特定的解释被一长串判决确立起来时，法院就会不愿放弃它，因为法院已经产生了依赖感，因为法院想要保持法律客观、非个人化的假象，或者因为法院不想鼓励立法者仓促鲁莽地行事（因为这会让立法者们认为法官会简单地重新解释立法作出所有必要的立法性修改以追随时代潮流）。长时间司法解释的结果——比如宪法（两个世纪）或者谢尔曼反托拉斯法（一个世纪）所经历的，可能是一批原则，它们同制定者意图之间的联系甚至要少于一部古老文学作品的现代解释同其作者意图之间的联系。

242

对一部文学作品的解释可能使它具有不同于最初受众看到的含义，尽管这种做法惟一的、但并非不好的原因是从这部作品中得到了更多的快乐和洞见，但是我们可能必须对一部制定法或者宪法进行自由解释才可以避免灾难。宪法字面对总统和国会的权力所作的限制已经被宪法的司法解释放松了，为的是应付现代政府所面对的紧急事件。第二修正案规定“因为一支受到良好规制的军队对于自由国家安全是必要的，所以人民保有和携带武器的权利不应受到侵犯。”这种语言清楚地表明，联邦政府不得禁止守法的公民保有武器。但是政府觉得有必要禁止这个，而最高法院没有干预。第二修正案不具有一般性所以也不具有适应性，它就像一部特别具有时事性的文学作品一样，已经变得过时，并且，不管正确与否，都已经

---

〔64〕 Masten，上注〔8〕，页371，注意到，哈姆莱特要求表演者们被允许插入一些话，这在伊丽莎白时代显然是一个常见的做法。

被忽略了，就像我说过的，在 35 岁的规定开始变得过于碍手碍脚时也可能发生同样的事情。马克思主义和女权主义文学批评的存在使我们不能说我国文学自由（非传统的、出人意料的）解释没有政治压力——并且也许新批评就例证了“政治”批评无处不在——但是这种压力要少于立法中存在的压力

而且，不但存在顺从的道德，还存在反叛的道德。像《比利·巴德》中的威尔舰长一样，我已经强调了前者，在一个像我们这样的文明民主社会中，这样做是适当的。（别忘了，我是一名法官，所以你还能期望什么别的?）在一个邪恶社会里，一个法官的正确道路可能是要公然反抗法律。与剥夺公民财产、自由甚或生命的权力同时并存的，还有明智地行事这种权力的责任以及在行使权力时服从法律限制的义务。[65]即使是在文明法律体系中，个案的具体情况也可能会正确地导致法官以一种并不完全符合他解释的制定法或宪法规定文本的方式进行判决。这是自由裁量、衡平或政治考虑在司法决策中的力量的又一例证。这些考虑都是法律的元素，就像由更高权威发布的规则是法律的元素一样。亚里士多德引入了衡平（*epieikeia*）思想，为司法偏离制定法字面含义的做法进行了正当化。

而且，尽管看起来可能很奇怪，但是，忽略历史语境对理解和享受文学作品造成的损害有时要多于对理解制定法和宪法造成的损害。一部文学作品同其读者之间在文化上的距离常常要大于制定法同关心其含义的法官之间的距离。美国法律体系中的权威法律文本是由美国律师在 1787 年之后写的，并且常常是在这以后很久才写成。文学作品的历史常常要久远得多，常常是外国人写成，也常常是由居住在极其不同于现代美国读者的生活环境中的人们写成。阅

243

〔65〕请比较 Robert M. Cover, "Violence and the Word," 95 *Yale Law Journal* 1601 (1986).

读一部写于不同文化中的文学作品却没有意识到这种不同，这就过于粗心了。想像一下，阅读《哈姆莱特》而不知道像"勇敢"(brave)和"肥胖"(fat)这样的单词已经改变了含义（在哈姆莱特同雷欧提斯决斗时，乔特鲁德说哈姆莱特"汗流浃背，有些喘不过气来"[is fat and scant of breath]并不是指哈姆莱特体重过大，而是说他满头大汗或是说他健康状况不好，后一种可能性要小些，因为他一直在练习击剑），或者不知道英国人认为丹麦人惯于过量饮酒（那就是哈姆莱特所指的"风俗/我却以为破坏它倒比遵守它更体面些，"即摒弃比遵守要更有荣誉），或者不知道与小叔子结婚被认为是乱伦。想像一下阅读《威尼斯商人》，却认为犹太人在伊丽莎白时代社会有着他们在我们社会中拥有的地位。想像一下阅读写于半个世纪前的文学作品，却认为他们在使用"欢乐"(gay)这个单词的时候（就像在叶芝的诗《天青石雕》中："他们明白哈姆莱特和李尔欢乐"*）是指同性恋。

同受到历史知识严格限制的解读相比，有些基于无知或错误的解读可能会更好，这是在让文学作品更有共鸣力的意义上更好。我在前面已给出了几个例子；还有其他例子。詹姆斯国王版圣经有几处误译在文学角度看起来要优于原著，尽管可能只是习惯和传统才让我们这么认为。马克·吐温对《傻瓜威尔逊》的轻率修改可能是因为错误而有幸运发现的一个例子。[66]在《一报还一报》中，公爵警告克劳迪奥说，"抱着必死之念"(Be absolute for death)，如果

---

* 中译文引自，叶芝著、裘小龙译，"天青石雕"，载于《丽达与天鹅》，漓江出版社，1987年，页278。——译者

[66] Herschel Parker不同意这一点。Parker，上注[61]，页5。他提问说，在马克·吐温决定把那个假"汤姆"写成黑人，并且在把他写成黑人之后而未作其他改变之前，马克·吐温所写的那些章节怎么能被当作对于种族或基因学、或者奴隶制的严肃思考呢？请看同书，页135－145。回答是，语境改变含义。马克·吐温保留这些章节的原因可能是因为，在被重置于一部关于黑人和白人的作品中之后，这些章节具有了新的含义。

其中的“必”（absolute）按照其现代含义理解而不是按照其伊丽莎白时代“清楚”（就像哈姆莱特对实话实说的掘墓人感情爆发时所说的，“这混蛋倒会分辨得这样清楚！”〔How absolute the knave is〕*）或“坚定”的意思进行理解，那么这句话就更加让人难忘。但是这种幸运发现的例子很少见。引入一个偶然的元素不大可能改善一部文学作品；并且，除了极个别情况下读者像作者一样聪明之外，读者不大可能通过把一部作品当作自身洞见的镜子而改善这部作品。

法官阅读制定法和宪法不是为了享受，而是为了在决定法律诉讼结果时以及在设计或修改一条可能对社区福利有重要影响的行为 244 规则时有所帮助。社区并不总是愿意让两个世纪前的人写进宪法的东西控制自己的选择，尽管那些人可能很聪明；而且修改宪法的程序是如此烦琐，以致法官受到很大压力去利用解释过程保持原始文件的灵活性。宪法制定者本人可能没有想严格地控制未来，尽管灵活的解释肯定会损害他们写的既对称又典雅的东西。法律解释的后果比文学解释的后果更为重要，可能会迫使解释者脱离制定法或宪法的规定或者制定者清醒的意图。激进批评者想让自己的文学解释在政治世界中产生影响，[67] 但是“以我们社会现在的情况，对文学作品的解释，不论它所强调的重点是什么，也与生产它的那些人的动机无关，都没有同更大政治舞台上讨论的事情建立强有力的联系。”[68]

---

* 中译文引自，朱生豪译，吴兴华校，《哈姆莱特》，载于《莎士比亚全集（九）》，人民文学出版社，1978 年，页 124。——译者

〔67〕 就像他们中的一位所写的，“文学理论已经被等同于政治左派……在一定意义上，理论就是以其他方式对激进政治的继续发展。” Terry Eagleton, “Discourse and Discos: Theory in the Space between Culture and Capitalism,” *Times Literary Supplement*, July 15, 1994, p.3. 但是 Eagleton 怀疑文学理论是否能够产生任何政治后果。

〔68〕 Stanley Fish, *Professional Correctness: Literary Studies and Political Change* 51 (1995).

而且，人为的解释规则（比如应该认定制定法中每个单词都很重要的规则）可以作为一种方法，但不是作为确定意图的方法，而是作为限制司法自由裁量权的方法，用这种方法使法律起草得更清楚（并且这样能间接地限制司法自由裁量权，因为这能使法官更少有扭曲制定法的解读空间）。在文学批评中不存在与此对应的采用解释规则和阻碍寻找含义的压力。最后，因为教育的基本目标之一就是让学生们对其他文化有一定了解，所以有理由强调文学作品的原始含义，这在法律中也没有对应的东西。

尽管说了这些话，但我确实认为，同文学批评者注意作者清醒的意图相比，法官应该更加注意立法者清醒的意图；并且这排除了德沃金式的"新批评论的"制定法解释和宪法解释。但是法官也应注意选择解释会产生的实际后果，并且这排除了我刚刚描述过的那种狭隘文本论，它是另外一种法律形式主义，尽管它离德沃金的法律形式主义很遥远。做一个强调立法意图和实际后果的实用主义法官，同时做一个新批评风格的形式主义文学批评者，我不感到这两者之间有什么不一致。这仅仅例证了我在本章开始时有关解释的领域依赖性的论点。

245

在解释合同的过程中，法律坚持特别严格的文本主义，严格限制使用外来的、包括有关缔约方清醒意图的证人证言来改变合同文本表明的含义，这一点我也不想争论。沃尔特·本·迈克尔斯（Walter Benn Michaels）和斯坦利·费什曾抨击这个规则，他们认为，因为解释在本质上是语境性的，所以自给自足的解释只是一种幻想。[69]例如，费什指出，法院会采用与该合同相关的行业（比如海运或者棉花代理销售）给合同词语附加的特别含义这种证据，而这种特别含义对普通的读者来讲并不清楚。所以，费什说，在根本上

[69] Michaels，上注［47］，页26–29；Fish，*There's No Such Thing as Free Speech，and It's a Good Thing，Too* 141–156（1994）

还是允许缔约方否认书面合同的。[70] 这里忽视了一个极其重要的区别。行业习惯可以由无利害关系的证言证明到合理确定的程度；参考行业习惯就像查字典一样。在合同解释过程中限制外来证据背后所隐藏的担忧是，如果当事一方可以试图劝说陪审团说，尽管合同说的是 X，但是双方在没有告诉任何人也没有写下任何东西的情况下实际达成的协议是 Y，那么书面合同就没有什么价值了。这种担忧与行业习惯这种客观证据之间并没有冲突，所以这种证据没有被禁止使用。合同解释的原则依赖于合同法的目的，而不是依赖任何一般的解释理论——并不存在这种东西。

连锁小说和翰墨

那些认为法律文本可以类比为文学文本的学者很少会指明哪一种文学类型最类似于法律。德沃金是个例外；他指明了这种文学类型——连锁小说。[71] 一位作者写下第一章，这就确定了一定的方向，因为下一位作者在写第二章时必须让它看起来好像是产生自第一章，这样这两章就好像出自同一位作家之手；以后的章节也是一样。这样，每一位作者拥有的自由度都要少于他前面的作者。德沃金认为，必须对宪法文本作第一次解释的法官就好像是第二章的作者，而被要求解释一个已经由在先司法解释附加了进一步含义的宪法文本的法官就好比是连锁小说在后章节的作者。情况并不如此。首先，德沃金定义的连锁小说对在后章节的作者并没有施加什么限制。每一位作者可以在自己章节中的第一句话中就让所有现存人物都死掉，然后全部重新开始。当然，这种做法会被认为不公正，但

246

〔70〕 同上书，页 148。

〔71〕 Dworkin, *Law's Empire*，上注〔24〕，页 228－250，313。

是这仅仅说明，连锁小说的写作是一种比德沃金的描述要还要复杂的行为。所以，他究竟是在把法律解释的过程类比成什么，这一点并不清楚。

德沃金的类比还有进一步的缺点，因为它把解释宪法的法官同宪法制定者放到了同一层面上：制宪者只是让球开始滚动而已。即使连锁小说第一章的作者可以不顾我上一段的观点而排除一些可能的续篇，所有的章节仍然会具有相同的权威性。但是解释一个权威法律文本（比如宪法或者制定法）的判决在本质上是位于一个不同于文本并且低于文本的层面。只有文本才是完全真实的；所有的解释性判决都必须像安泰（Antaeus）*一样回归文本才能得到生命的力量。德沃金的类比把解释宪法的法官等同于宪法制定者。

即使作为对普通法而不是作为对制定法或宪法的描述，连锁小说的类比也引人误解。第一，普通法原则进化过程的"第一章"可能是非常试验性的——更像一种前言或导论。第二，后续章节的"作者"并不一定要拘泥于第1章作者的那些指令。如果累加的经验表明第一章中的方向是错误的，法官们就可以放弃它。第三，普通法只是通过司法判决创造的一组法律概念，所以，就像任何概念一样，精确的表述是可变的，可以进行提炼，可以重新表述。概念是从判决中推论出来的（更常见的情况是从一系列判决中推出来的），却独立于判决而存在。所以，普通法法官并不是在对确定、权威的文本进行注释。文学批评者、圣经注释者以及从事制定法和宪法解释的法官都有着解释一个固定文本的困难任务。

247 文学批评中的怀疑论流派以及滋养它的阐释学理论表明了解释文本有多么困难，并且这应该让律师、法官和法律学者对解释法律文本的过程更加小心、更加清醒、更具试验性。但是本章需要论证的是，文学批评中没有什么特定的技术或发现，也没有什么文学上

---

* 大力士，地神之子，只要不离开其母大地就不可战胜。——译者

的类比（比如连锁小说的类比），可以应用到法律上面　像法律一样，文学批评缺少一种可以形式化的方法或者理论——自亚里士多德以来的所有理论努力都没能结束这种缺失。一个好的文学批评者是一个细心、全面、小心、见多识广、有逻辑、实际的文学文本阅读者，而一个好的律师是一个细心、全面、小心、见多识广、有逻辑、实际的法律文本阅读者。他们都是仔细阅读者，但是阅读材料不同。他们作为仔细阅读者的力量来自于沉浸到大量不同却特定的文本体系之中，而不是来自于掌握一种理论。

斯坦福·莱文森（Stanford Levinson）可能是对的，他说"对美国宪法的可信解读可能同《哈姆莱特》的版本一样多，尽管每一个解释者，就像每一个戏剧导演一样，都可能真心相信自己无意中发现了这些文本难题的最佳答案。"[72]但是他的这个意见暗示了一种在不同的解释问题之间并不存在的关系。《哈姆莱特》可以作不同解释的原因包括：它写于几乎 400 年以前（所以比最初的美国宪法和权利法案要久远近 200 年）并且写于另一个国度；文本中存在讹误；除文本之外没有作者意图的证据；它在创作时是为了表演而不是为了阅读；剧本在本质上就具有开放性，因为演员的改变、时间安排和肢体语言以及布景细节通常没有在戏剧文本中描述，并且可以改变文本内在的含义；[73]伟大文学作品几乎按照其定义就需要一种可以作多种解释的一般性；《哈姆莱特》让人着迷的部分原因就

〔72〕 Levinson, "Law and Literature," 60 *Texas Law Review* 373, 391 (1982).

〔73〕 请考虑一下 19 世纪英国演员亨利·欧文（Henry Irving）所达到的"价值逆转"，他第一次把夏洛克（Shylock）表演成一个完全让人同情的人物。"他所表演的［《威尼斯商人》中］私奔那场戏在结束时是一片让人眩晕的音乐、灯光和颜色，杰西卡和罗兰佐被挤在一群横扫舞台的戴面具的人当中。大幕落下了一小会儿；当它再次升起的时候……'舞台空无一人，十分荒凉，除了惨淡的月亮再也没有光线，所有生命的声音都来自于遥远的地方——然后在桥上出现了犹太人疲倦的身影。'他拿着一盏提灯，返回到（尽管他还没有意识到）一所空房子当中。然后大幕再次落下，一个单词都没有说。" John Gross, *Shylock: A Legend and Its Legacy* 149 (1992).

是它所提出的解释难题；并且我们不太关心莎士比亚自己想达到什么效果——部分原因是我们不知道，部分原因是我们怀疑他自己是不是完全清楚。让宪法可以作多种不同解释的原因包括：多人合作写作；制宪者有意通过一般化的语言来让一些问题具有开放性；宪法制定以来所发生的社会、经济、法律、政治和制度变化；以及法官在解释宪法规定时应该具有多大自由度，他应该给在先解释以多大权重，这些问题都没有定论。宪法存在的难题同《哈姆莱特》存在的难题是如此不同，以至于《哈姆莱特》学者不大可能讲出对宪法有用的东西，而宪法学者也不大可能讲出对《哈姆莱特》有用的东西。

但是，当一位法学教授真的在这些争论中诉诸于文学理论时，他就会受到像斯坦利·费什这样的文学理论家的尖锐反驳。[74]费什因以下观点而著称，他认为含义并不存在文本中，而是由读者施加的，所以任何解释上的一致性一定是来自于解释者的训练、经历和力量。如果专业或官方的选择、训练或等级可以让人们以类似的方式思考，或者以类似方式思考的人们控制了解释的过程，那么对于同一文本的解释就会聚拢到一起，尽管结果得到的一致意见并不反映文本的客观或确定特征："在原则上没有什么可以阻止出现一个统一法律解释社区。所需要的仅仅是存在一些人们十分相信的假定，以至于人们不再把它们当作假定，而是当作不可挑战的真理，同时，它们所伴随的（对事实、合宪性等等的）确定性会得到普遍的认同和认可。这样，法律作为一种制度，就会处在一些自然科学

248

[74] 请看一些论文，集于 Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (1989)，以及 Fish，上注［69］。关于批评，请看 Reed Way Dasenbrock, "Do We Write the Text We Read?" in *Literary Theory after Davidson* 18 (Reed Way Dasenbrock ed. 1993)。

学科所处的那种幸福状态（如果这些状态幸福的话）之中。"[75] 因为这种"幸福状态"在美国法律文化中既不存在也无法预测，所以费什把我们搁置在怀疑论的浅滩上。

他强调说，理论并不能把我们带到那种幸福状态。理论对实践不会有什么影响。对费什来讲，每一个人类活动领域都是有严格规则的游戏，就像象棋一样。你可以有一套关于象棋的理论——关于它的起源、它为什么让人着迷、甚至关于怎样通过改变一个规则使象棋变得更好，但是你不能把这一理论应用到玩象棋当中。当你玩象棋的时候，你是在按照象棋的规则玩，而不是按照理论的规则玩。所以，法律理论，包括有关解释的理论，不管它们是来源于法律本身还是来源于文学理论或实践或任何其他地方，都不能期望会改变法官们决定案件的方式。费什认为，这是因为法官们是在玩审判的游戏，它也有着自己的规则。尽管我在总体上对这一论证感到同情，但是费什误解了针对"原旨论"和其他法律解释理论所进行的法律争论中的关键问题。就像合同法中的外来证据规则一样，这个问题并不是费什意义上的"理论"问题。它是关于一种实际做法的问题，是关于什么证据、论证和政策考虑可以引入解决特定类型的争议的问题——它是一个实际的、可讨论的、甚至是可以回答的问题，却不是一个解释理论可以说明的问题。

249

作为一个文学批评者和理论家，费什毫无困难地游弋于对客观文学解释可能性的怀疑（至少现在如此，并且可以预期会一直如此）与对客观法律解释可能性的怀疑（也受同样条件的限制）之间，所以，我们不奇怪莱文森会把《哈姆莱特》的多种解释同宪法

---

[75] Fish, "Interpretation and the Pluralist Vision," 60 *Texas Law Review* 95, 498 (1982). 请比较 A. W. B. Simpson, "The Common Law and Legal Theory," in *Oxford Essays in Jurisprudence* 77, 95 (2d ser., A. W. B. Simpson ed. 1973)，他认为英国普通法在其鼎盛时期的确定性是因为法官之间在社会和教育方面所达到的高度一致性。

的多种解释结合起来。并且，尽管它们彼此不同，但这两个现象确实有着相同的起源。20世纪50年代在英文系和法学院都是一个共识的时期；而且，分享着类似价值观的文学批评者，还有分享着类似价值观的法律人，倾向于在他们各自领域内产生获得广泛赞同、从而看起来具有权威性的解释。如今，两个领域中，政治和方法论的共识已经消磨殆尽，造成了解释的分歧不断增长。

250 同我的分立的观点相一致——法律解释和文学解释没有什么有用的共同点——我反对查尔斯·弗里德（Charles Fried），他试图从莎士比亚第65号十四行诗中推断出宪法的可理解性。

既然铜、石、或大地、或无边的海，
没有不屈服于那阴惨的无常，
美，她的活力比一朵花还柔脆，
怎能和他那肃杀的严威抵抗？
哦，夏天温馨的呼息怎能支持
残暴的日子刻刻猛烈的轰炸，
当岩，无论多么险固，或钢扉，
无论多坚强，都要被时光熔化？
哦，骇人的思想！时光的珍饰，唉，
怎能够不被收进时光的宝箱？
什么劲手能挽他的捷足回来，
或者谁能禁止他把美丽夺抢？
哦，没有谁，除非这奇迹有力量：
我的爱在翰墨里永久放光芒。*

---

* 中译文引自《莎士比亚全集》（十一），人民文学出版社，1978年，页223，梁宗岱译。——译者

弗里德认为，这首诗的前提是书面文字的可理解性，并且这个前提已经被时间成功地证明了，因为这首诗已经有400年了；但是，他暗示说这首诗对现代读者来说没有提出解释上的问题。[76]他遗漏了那些问题，其原因不只是他悄悄对拼写和标点进行了现代化。[77]在写“把美丽夺抢”时，他（再一次在没有说明的情况下）使用了莎士比亚最初文本经过校订的版本，最初的文本是“夺抢或者美丽。”[78]并且他也忽略了怀疑的音符，这种音符产生于最后两行中的“除非”和“永久”以及“力量”（might，又指“可能”——译者）中可能存在的双关含义。莎士比亚并没有像弗里德认为的那样相信“翰墨”可以逃过时间的毁灭。[79]

可能还存在着一种更严重的误读。有人认为提到“翰墨”表明了作者的轻蔑态度，并且莎士比亚对公开出版并不很在意，认为“奇迹”是在别的地方：“诗人知道，通过自己的诗或者说通过诗的意识，他建立或集中了一种天国的真实，或者说真理，我们可以把 251

---

〔76〕 Fried, "Sonnet LXV and the 'Black Ink' of the Framers' Intention," 100 *Harvard Law Review* 751 (1987).

〔77〕 有关对莎士比亚最初出版的十四行诗进行的错误标点所产生的含义不确定性，请看 Theodore Redpath, "The Punctuation of Shakespeare's Sonnets," in *New Essays on Shakespeare's Sonnets* 217 (Hilton Landry ed. 1976)。关于第65号十四行诗的最初拼写和标点同现代拼写和标点之间的比较，请看 *Shakespeare's Sonnets* 58–59 (Stephen Booth ed. 1977)，其中最初的版本同现代的版本被并排印在一起。我所引用的是弗里德文章中出版的十四行诗版本。

〔78〕 Booth，载于 *Shakespeare's Sonnets*，上注〔77〕，页247，对该校订进行了反驳。关于在文本校订过程中文学理论的不可避免性，请看 G. Thomas Tanselle, "Recent Editorial Discussion and the Central Questions of Editing," 34 *Studies in Bibliography* 23 (1981).

〔79〕 请比较 Fried，上注〔76〕，页756，以及 *Shakespeare's Sonnets*，上注〔77〕，页247；Murray Krieger, *A Window to Criticism: Shakespeare's Sonnets and Modern Poetics* 170–172 (1964)；Philip Martin, *Shakespeare's Sonnets: Self, Love and Art* 153–155 (1972)；Kenneth Muir, *Shakespeare's Sonnets* 66 (1979)；Rodney Poisson, "Unequal Friendship: Shakespeare's Sonnets 18–126," in *New Essays on Shakespeare's Sonnets*，上注〔77〕，页1、11.

它称之为一种无法用其他办法达到的‘诗的维度’；并且对这来讲，这首书面的诗（‘翰墨’）尽管必不可少，但其实是次要的，是挂在驴子眼前的胡萝卜，而不是整个过程的目的。”[80]

让我放下这些诡辩，暂时承认弗里德成功地证明了伟大文学作品不具有多重含义就可以因为其主题的永恒性而具有普遍性。但是，这一点对于宪法解释的寓意是模糊的。莎士比亚的一些作品可能并没有提出尖锐的解释难题，但是他的其他作品确实提出了解释难题，就像距离今天更近的文学作品提出的一样。如果我们错误地寻求法律解释的问题在文学中的类比物，那么我们就必须在每一个情况中都要问一问，我们所感兴趣的具体制定法或宪法规定在解释难度方面是更像第 65 号十四行诗（或者说弗里德所认为的第 65 号十四行诗）还是更像其他更具有多重意涵的文学作品，比如《比利·巴德》，它写于本国、写于仅仅一个世纪之前。弗里德在这些问题上一言不发。文学理论对法律右派同对法律左派一样没有提供更多的慰藉 从第 65 号十四行诗论证宪法的可解释性并不比从《哈姆莱特》论证宪法的不可解释性更为容易。

作为翻译的解释

我在本章开始时说过，有关解释的论战在 20 世纪 80 年代达到白热化后在很大程度上已经冷却了。但也存在一个值得注意的新发展，这就是建议以从一种语言翻译到另一种语言为模型来思考法律

---

[80] G. Wilson Knight, *The Mutual Flame: On Shakespeare's Sonnets and* The Phoenix and the Turtle 86 (2d ed. 1982).

解释,[81]特别是以文学作品翻译为模型，因为在这里翻译的问题最为突出。

252

这个建议有两种形式。詹姆斯·伯艾德·怀特认为，因为“没有句子可以被从一种语言翻译为另一种语言而不发生变化，”所以翻译只能是“一个特定大脑对一个文本作出反应之后创作的另一个特定文本。”[82] 并且我们也应以同样的观点看待解释宪法的司法意见。这里的前提假设就不对。有些句子可以从一种语言译为另外一种语言而不丧失任何含义：比如，组装餐桌的说明书。宪法中总统必须至少 35 岁的规定，或者每个州有权指派两名参议员的规定，都可以从 18 世纪的语言、政治和社会理解“翻译到”20 世纪而不丧失任何含义，尽管预期寿命已经增长，并且选择参议员的方法也已发生了变化。

这不仅仅是诡辩。它表明，文学翻译并不是自相矛盾，并且怀特应该负责举证证明法律规定更像诗歌而不是更像说明书。它也表明，我们翻译时需要作出一些既不“正确”也不“错误”的选择。比如阿伽门农在《伊利亚特》中通常被称作：“*anax andron*”。字面的翻译是“勇士们的最高领导人，”但是这种翻译过于僵硬。如果我们想让《伊利亚特》更现代一些，我们可以把这个短语翻译为“盟军总司令”甚至是“大老板”（这就好比穿着现代服装表演《哈姆莱特》）。或者，如果我们想保存古代感和文化距离感，我们可以把这个短语留下来不翻译，就像在“威廉恺撒”（*Kaiser Wilhelm*）（而不是“威廉大帝”）中一样。我们可以妥协，使用“阿伽门农伯

[81] 请看 James Boyd White, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism* (1990); Lawrence Lessig, “Fidelity in Translation,” 71 *Texas Law Review* 1165 (1993). 关于对这些“翻译”理论的批评，请看 Stanford Levinson, “Conversing about Justice,” 100 *Yale Law Journal* 1955 (1991); Levinson, “Translation: Who Needs It?” 65 *Fordham Law Review* 1457 (1997).

[82] White，上注 [81]，页 250，254。

爵，"但是这听起来有点大英帝国的味道。在这些都不令人满意、都既不正确也不明显错误的翻译方法当中进行的选择，既同翻译者意图达到的效果有关系，也同翻译意图的用途以及受众有关系。尽管怀特期望反思文学翻译中的困难会在法官身上产生谦卑，因为他们面临着把18世纪文件"翻译"到今天文化中的任务，但从文学翻译的做法中还可以得出另外一种推论，即翻译者拥有自由。如果翻译者可以在字面翻译与自由翻译之间作出选择，为什么法官不可以在字面解释与自由解释之间作出选择呢?

所以我们并不奇怪，在怀特发现谦卑训诫的地方，劳伦斯·莱辛格发现了进行创造的许可证。基于律师式的直觉，即宪法和制定法的解释如果想具有合法性，就必须在某种意义上忠实于宪法或制定法的文本，而且翻译的目的就是保存原始文本的含义，因此莱辛格认为，忠实的翻译不应是字面的翻译，因为单词的文化意涵会发生变化。在我的例子中，"伯爵"可能是"*anax andron*"的适当字面翻译，但它对于现代美国人来讲含义是如此的不同（皮特·威姆希伯爵？豪武－豪武伯爵？阿克顿伯爵?），以至于把它加在"阿伽门农"前面对美国读者来讲就改变了荷马的含义。为了在变化了的社会语境中保留含义，我们可能必须选择一种字面上的误译。[83]这表明，"翻译者有权改变文本"。[84]莱辛格论证说，宪法的司法解释也应如此。

但是翻译者因为两个原因而有权改变文本，而这两个原因都不适用于法律。第一个原因是，一部作品被翻译成的目标语言中缺乏对应词汇。第二个原因是相关的，需要让翻译出来的东西成为一个

〔83〕有关戏剧的例子，请看 Amel Amin－Zaki, "Religious and Cultural Considerations in Translating Shakespeare into Arabic," in *Between Languages and Cultures: Translation and Cross－Cultural Texts* 223 (Anuradha Dingwaney and Carol Maier eds. 1995).

〔84〕Lessig，上注〔81〕，页1191。这可能同怀特认为翻译者产生新文本的观点之间没有太大差别。

好“读物”。所以翻译包含着两个阶段。在第一个阶段里，翻译者对原作品进行解释，即确定其含义。在第二个阶段里，他用译文读者的语言表达自己的解释。[85]第一个阶段，即解释的阶段，法律中当然有着对应物，但我希望我已经说服了读者，对不同种类的文本的解释，特别是对文学和法律文本的解释，没有什么有趣的共通之处。翻译过程的第二个阶段，即以一种新的语言表达翻译者的解释，并不是法律解释的一部分。

请考虑一下，如果惟一的目标是清楚地传递完整含义（包括通过作品的形式或风格所传递的细微含义差别）而不管可读性或感情效果，那么对一些文学或哲学作品的最佳翻译会是什么样子。它很可能是一种字面翻译，然后加很多脚注来解释翻译的东西有哪些方面可能是引人误解的。无法翻译的单词和短语（比如 *anax andron*）可能会留出来不作翻译，而在括号中用释义进行解释。时代错误，同源字的误用，传统，文化、语言和历史语境的变化——所有这些都会被耐心解释。其结果会毫无魅力并且冗长重复，但是字面含义以及狭义上感知内容的损失会非常小。但是，翻译的问题不会得到“解决”，并且这并不仅仅因为文学作品含义的一个重要部分就是感情方面的含义，而这方面含义在字面翻译过程中丧失殆尽。翻译的问题并不是要达到对原著的忠实，而是要在保存翻译作品原始含义的愿望同引起一些目标受众的兴趣、让他们感到高兴、兴奋、甚至仅仅是节省他们时间的愿望之间作出平衡。一方面是要能消除我们正阅读一部翻译作品的感觉，从而有一种作者就在我们面前的流畅感，另一方面是要保存原作者异域感觉的“翻译语言”

---

〔85〕 Raymond van den Broeck, "Literary Conventions and Translated Literature," in *Convention and Innovation in Literature* 57 (Theo D'haen, Rainer Grübel, and Helmut Lethen eds. 1989).

(translationese),[86] 在两者之间所作的选择取决于意图受众的性质、[87] 现存翻译的特点、翻译者的智识以及（在作者还活着并且能够控制翻译权时）作者的偏好。[88]这一选择与解释用解释者的语言所写的、具有法律效力的文件之间没有什么关系。

254

对解释制定法或宪法的这种“翻译”比喻的一个更深层的问题是可证明性，正如莱文森所强调的（请看注〔81〕）。翻译的准确性可以由一个很好地掌握两种语言的人来确定，而且我们可以颇为自信地找到这样的人。但是我们能不能找到一个人，相信他知道有争议的制定法或宪法条文的含义，并且让他确定这种向现代环境进行“翻译”的准确性呢？找不到。如果我们可以依赖法官或教授来确定这些条文的含义，那么宪法和宪法理论就不会这么有争议了。传统翻译的问题并不是准确性而是可读性的问题；法律“翻译”的惟一问题是准确性问题。

---

〔86〕 Lawrence Venuti, *The Translator's Invisibility: A History of Translation* (1995). Venuti 反对在把作品翻译成英语时为了达到流畅就牺牲精确的这种倾向，他以典型的左派风格把这种倾向归咎于英语文化的侵略性。他支持“异域化”的翻译。请看，例如，同书，页 20。

〔87〕 这也就是为什么把同一部作品小心地翻译到同一种语言当中会产生如此不同的结果——就像《英文荷马史诗》（Homer in English）（George Steiner ed.1996）这个集子所清楚表明的一样。

〔88〕 关于文学翻译中的具体问题，请看 Peter Green, "The Slampam Blues," *New Republic*, Feb.19, 1996, p.37（评论的是 *The Oxford Book of Classical Verse in Translation*）；Joel Weinsheimer, *Imitation* 73－77 (1984)；*Theories of Translation: An Anthology of Essays from Dryden to Derrida* (Rainer Schulte and John Biguenet eds. 1992)

▼
▼
▼
第八章

作为文学的司法意见

含义、风格和修辞

255

从文学角度审视司法意见，这种做法没有什么可以让人感到奇怪。很多出色的文学作品起初都有着宗教、政治甚或功利的目标，而不是文学的目标。我将把司法意见的文学特质称为司法意见的“风格”，一方面把“风格”区别于概念内容，另一方面把风格区别于“修辞”。一个司法意见的概念内容是可复述的内容，是该意见的含义中可以用不同于作者使用的词语进行表达却不会发生任何丢失的那些部分。事实、裁决、附带意见、决定——所有这些都是可以复述的，并且这种复述会比复述一首短诗的情况传达更多的含义。如果你复述济慈的《夜莺颂》，你得到的可能是像你复述《柯尔庄园的野天鹅》一样得到的老套概括：叙事人在对鸟类的美丽静思时，为静思所感动，即，尽管人和单个的鸟儿会死，但是天鹅或夜莺象征的自然却是不朽的。但这两首诗的力量却在别处，而且它们对读者的效果也不同。夜莺美丽的歌声让《夜莺颂》的叙事者同死亡之间达成了一种和谐（如此可爱和幸福的东西会永远活下去），

而《柯尔庄园的野天鹅》描写的自然正在创作一幅清冷的、正式的、唯美的——也是无声的——艺术作品。这两首诗的形象和语气是不同的，这也导致了它们之间的含义不同，尽管它们的主题表面看来是类似的。

我使用的“修辞”主要是指一种体裁上的手法，用它来说服读者或听者去相信某事或去做某事。亚里士多德用这个词来指无法进行逻辑或科学证明的辩论领域或探索领域中的所有说服性手段，而不单单是指体裁上的手法。通过这样把修辞的范围扩大到一场演说或一部作品的命题含义和真理价值及其形式，它就包括了权威、轶事、类比以及当无法进行精确证明时用于证明命题正确性的所有其他方法。[1]一些法律与文学学者对“修辞”的用法甚至更宽泛，把它用作一个极具褒义的词，认为它无法同道德分离，并代表着同社会科学分析的冷酷理性相对立的人文主义价值观。[2]这种对内容和风格、对伦理内容和美学内容所进行的融合，是同法律与文学运动的伦理批评倾向（请看下一章）相一致的。在日常用语中，“修辞”最常见的含义（这种含义可以追溯到柏拉图在《高吉亚斯》中对逻辑的谴责）却有着相反的结合力：修辞只是空洞的辞藻（“那仅仅是修辞罢了”）。

“修辞”的第一个和最后一个含义——说服手法和空洞辞藻——都同我用“风格”所指的含义有联系。当风格被定义为对一部作品的可重述内容进行编码的多种可能性时，风格就是让药物更容易吞食的胶囊或者糖衣——也可能会让一些读者反胃。但风格也是

256

〔1〕相关讨论和引用请看 *Essays on Aristotle's* Rhetoric (Amélie Oksenberg Rorty ed.1996)，也请看 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, ch.24 (1995) ("Rhetoric, Legal Advocacy and Legal Reasoning").

〔2〕请看，例如，Peter Read Teachout, "Lapse of Judgment," 77 *California Law Review* 1259, 1290－95 (1989); Robert A. Prentice, "Supreme Court Rhetoric," 25 *Arizona Law Review* 85 (1983).

“好”作品（也就是，不“仅仅是修辞”）的标志，不论该作品除了想让读者读到结尾之外有没有其他的说服目的。一篇司法意见比另一篇司法意见好的原因，可能并不因为它的论证更有说服力，而是因为，通过坦率披露那些反对自己结论的事实和权威、通过语气上表现得具有试验性和让步、甚至通过对自己结论的正确性坦诚表示怀疑，这篇意见是一篇更加可信、更让人印象深刻的司法文件，尽管它并没有对结论作出更令人信服的辩护。

由于承认在写出相同想法或其他信息时存在着更好的或更差的方式，我们就进入了对风格的介绍性手册的领域。[3]这些手册中含有各种各样有用的、但常常被法官及其代笔人（即法官助理）忽视的规矩。[4]他们忽视这些规矩的部分原因是，法官和律师倾向于轻蔑“好的”写作，认为它不够专业、“具有文学性”、造作、过分精致。在一部有关叙事和修辞方法的讨论文集中，一位出色的联邦法官以下面的话开始自己的评论：“我是一名法官。有关法律的叙

[3] 请看，例如，Joseph M. Williams, *Style: Ten Lessons in Clarity and Grace* (1981)。实际上也存在着有关司法意见的风格手册，它们同一般性的风格手册有平行的地方，并且基本上被忽略了。American Bar Association, *Judicial Opinion Writing Manual: A Product of the Appellate Judges Conference, Judicial Administration Division*, ch.3 (1991); Ruggero J. Aldisert, Opinion Writing, pt 3 (1990); Federal Judicial Center, *Judicial Writing Manual* 21 – 26 (1991); Joyce J. George, *Judicial Opinion Writing Handbook*, ch.4 (3d ed. 1993).

[4] 这些规矩的例子有：少用形容词、副词、斜体字，以及其他修饰语、限定词和增强句，长短句（不规则的，而不是排比的风格）交替使用；不要用一个命题来结束段落；不要使用没有主动者的被动语态；少用插入的或者其他的限定句；尽量以重要的词汇开始和结束句子，因为一个句子中的第一个和最后一个位置是语气最强的地方；避免使用术语和陈词滥调；为了清楚而使用标点，而不是为了符合语法学家们有关逗号和其他标点符号的位置的古板规则；要清晰；少用引用，特别是冗长的整段引用；要稍微注意句子的节律性；不要试图做到从来不对不定式进行划分；不要理会那些模糊的和不被人遵守的语法规则，比如不要以“但是”或“和”开始一个句子

事和文学批评理论，我一无所知。我不知道为什么会找我约稿。"[5]然后他讲了一个故事，而且讲得非常好。但这个故事的论点，也是他评论的整体论点，是法官应该放弃"对说服力量或美感的追求"，而要追求"清晰的分析和信息的清楚传递"（页 207）。他对一些法官颇有微辞，因为他们"认为自己遭遇了不道德……唾弃俗气的语言，并且使用了会在历史上产生共鸣的铿锵有力的形式"（页 208）。对极了。但是美和铿锵有力并不是同义词；清晰同修辞的力量也并不相互排斥。我们可以按照自己的想法做得非常"专业"，但仍然能够避免那些危及可读性却没有什么优点的拙劣词句。

把风格定义为自由决定（即不受内容和含义的限制），以及把风格定义为写得好，这就指向了风格的第三个方面——作为"文学"的风格。当作品可以脱离其产生的具体环境时，这些作品就成了文学。风格是一个能够推进这种可转移性的书面表达特征，因为同内容相比，风格常常更少具有本地性，更少受到时间和地点的限制（尽管有时更多——风格可以阻碍理解）。韵律和布格是诗歌中最具音乐性的特征，它是非语汇的，具有一种与产生诗歌的本地文化没有必然联系的感染力。我们可能已经对一篇司法意见讨论的法律问题丧失了兴趣，但是这篇意见的风格可能还是让我们想读它；并且，在这时，这篇意见就超越了它被创造的场合。

风格对可转移性的效果是一个影响司法声望的因素。对昨天的法律问题进行才华横溢的分析不大可能在今天引起太多的兴趣，特别是因为我们可能需要做很大努力重构历史才能确定这一分析是才华横溢的。生动的、并因此很容易让人记住的意见却没有被锁定在它被创造时的语境之中。它可以被抽出来，被当作法律持久关注的

[5] Pierre N. Leval, "Judicial Opinions and Literature," in *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* 206 (Peter Brooks and Paul Gewirtz ed. 1996).

典范。[6]

两位作者的风格可以很类似，但其中一位可能更好，因为他避免了那些手册所警告的缺陷，或者因为他是一个有天赋的作者——是一个不关心人们提炼出来的规则、并且常常违反这些规则的人。风格不但可能有质量区别，而且可能种类不同。这就是风格作为识别标志、作为“声音”的领域。我们通过一个人的声音辨认他或她，这里声音既指字面的含义，又指比喻的含义。当把法官视为作(可能他们也把自己视为）先知时，理想的司法声音听起来应该就像是上帝的声音。

在一些人认为的当代丑闻中，把风格作为声音这个思想起到了一种合理化的作用，这个丑闻就是把撰写司法意见的任务交给法官助理来完成。如果你想要让一位宪法教授感到尴尬，并且说：“你在教你去年的法律毕业生写的‘意见’，你到底是在做什么？为什么不直接讲授他们就你的考试题目作出的答案?”那么这位教授可以这样为自己辩护：“我知道 X 法官或 Y 法官把自己办公室中很多写作司法意见的任务交给自己的助理来完成，但是每个法官办公室都有一种不同的‘声音’。X 的意见听起来与 Y 的意见不同——X 的意见听起来就像 X 的意见，尽管它们是由不断变化的法官助理写成的。这位法官的声音是能够听到的。”在这段虚构的话里，除了最后一句话以外，所有的话都是对的。法官助理在准备自己的工作时常常要阅读自己老板以前写的一些意见（有时老板会告诉助理们这么做），并且助理们会把自己阅读的意见的风格当成自己风格的范本。通过这种过程发展出了办公室的风格，这种风格尽管不是非常特别，但其不同之处还是足以被辨别出来。这些证明的仅仅是，风格就像意图一样，可以是一个群体性特征。

---

[6] 请看，例如，Robert A. Hillman, "'Instinct with an Obligation' and the 'Normative Ambiguity of Rhetorical Power,'" 56 *Ohio State Law Journal* 775 (1995).

为了看一看风格到底能做些什么，让我们再来看一下《第二次来临》第一个诗节的最后两个诗行。这里是整个诗节的全文：

> 转啊，在越来越宽的回旋中转，
> 猎鹰再也听不到驯鹰者的呼唤，
> 一切都瓦解了，中心再不能保持，
> 只是一片混乱来到这个世界里，
> 鲜血染红的潮水到处迸发，
> 淹没了那崇拜天真的礼法，
> 最优秀的人失去了一切信念，
> 而最卑鄙的人狂热满心间。*

我在上一章中说过，最后两句诗看起来像是对20世纪30年代法西斯同实行绥靖政策的民主国家之间的关系的离奇预言。它描写的也可能是20世纪60年代末美国大学发生的学生暴动。其他读者还会提供其他指示对象。[7] 除了历史的确证，它还给读者一种不言自明的正确感。这背后的原因之一是布格。像该诗节中其他大部分一样，这两行诗是抑扬五步格诗。诗的布格给出的轻快调子让这两行诗具有了一种朦胧的符咒性质，增添了这两行诗的力量，把它们放在诗节末尾也一样增添了诗的力量，亦即放在一般放结论的位置，就好像诗人已经列明了导致这个结论的前提。前面的诗行没有列明任何这样的前提；相反，它们展现了一连串的形象。尽管如此，这一“结论”的权威来自于它被展现为强力感情景象的高潮或解决。

259

---

* 中译文引自《第二次来临》，《丽达与天鹅》，裘小龙译，漓江出版社，1987年，页160。——译者

〔7〕我在第1章中引用的《他自己的狂欢》的一个段落有两处（未注明的）对《第二次来临》的引用。

没有限定这一点也增强了其权威。叶芝没有说最优秀的人中有些可能这样、并且最卑鄙的人当中很多毫无疑问是那样；他没有说模棱两可的话。很少有人敢于坦率地讲话，所以在我们遇到讲话直白的人时，我们会倾向于给他一定程度的信任。我们可能会说，只有大人物才会说得这么直白，才不会加上那些在日后受到攻击时可作掩护的含糊之辞。同时，由“而”引导的从句结构产生出一种深思熟虑、审慎的语气；请想像一下，如果用表面上更为强有力的“但”代替“而”，那么这两句诗的力量会减少多少。并且请注意这两句诗中“诗歌”措辞的缺失，这同前面的诗行形成了对比。这就好像诗人被突然的感悟所吞没，被感动得放弃了所有诗歌的手法，以申明那些展现在自己面前的简单事实。也请注意“狂热满心间”(passionate intensity）中浓烈的多音节、齿擦音同“失去一切信念”(lack all conviction）中铿锵有力的平铺直叙形成的对比。我们从诗中感觉到了“最卑鄙的人”较为强烈的感情，这在某种程度上让我们更加相信诗人所声称的对立。

你可能会说，好吧，孩子可能会受这种伎俩的欺骗，而成年人肯定不会信服叶芝命题的正确性，除非读者已经在其他更为理性的证据基础上接受了叶芝的主张。这里的问题并不是说服。别忘了，连谁是“最优秀的人”和“最卑鄙的人”都不清楚。叶芝用诗歌的艺术创造了强有力的感情形象，读者可以把它当作一个描述自己经历的模板。

《第二次来临》中的修辞并不是辩论术，但是文学中的法庭辩论传统却很悠久。可以说，它开始于《伊利亚特》的第一卷（行 260 19-24），克鲁塞斯请求阿伽门农归还自己的女儿，这是一个十分精练的律师式的请求：

阿特柔斯之子，其他胫甲坚固的阿开亚人！
但愿家住俄林波斯的众神答应让你们洗劫

> 普里阿摩斯的城堡，然后平安地回返家园。
> 请你们接受赎礼，交还我的女儿，我的宝贝，
> 以示对宙斯之子、远射手阿波罗的崇爱。*

萝卜和大棒都巧妙地拿了出来——先是萝卜，这是先礼后兵。克鲁塞斯请求神赐予希腊人以及阿伽门农和他的兄弟墨奈劳斯以胜利，并能够安全地返回家园；而且，因为克鲁塞斯是个祭司，所以援引神的帮助并不仅仅是空洞的传统姿态。为了使保证更可信，克鲁塞斯也提供了一个更为切实和直接的好处，并且不需要神的帮助——即一笔赎金。给出赎金的提议后面紧接着就是释放克鲁塞伊丝的请求，因此强调了等价交换的因素。克鲁塞斯在自己的请求结束时尖锐地、尽管像原来一样有礼貌地暗示说，接受了他的提议，希腊人会取悦于一个有权力的神，即宙斯的儿子远射手阿波罗——并不偶然，阿波罗是克鲁塞斯的支持者。表示远射手阿波罗的希腊语词汇由于放在了一行的结尾、也是克鲁塞斯请求的结尾，因此得到了强调，这些词有着一串响雷似的不祥声音（*hekebolon Apollona*）。[8]

荷马史诗中说服性请求的另外一个优秀例子可以在《奥德赛》第六卷（行 163 - 203）中找到。在离家 20 年后，奥德修斯在回伊萨卡的路上船只毁损，被冲到了岛国沙丽亚（Scheria）王国的一个河口岸上——一丝不挂、浑身污秽、精疲力竭、孤单一人。他遇到了这个岛国的公主娜乌茜卡（Nausicaa），她同自己的随从一起来到河边洗衣服。随从们看到这个让人讨厌的幽灵时都四散逃开，但娜乌茜卡没有动。奥德修斯对她说了一番话。他想要衣服，并且最终想得到帮助回家。他没有办法证明自己的身份。他怎样才能说服娜

---

* 中译文引自陈中梅译，《伊利亚特》，北京燕山出版社，1999 年，页 1。——译者

[8] 在这两个单词中重读音节（–）和非重读音节（˘）的模式是˘ – ˘˘ – – –

乌茜卡帮助自己呢？殷勤好客的规范、以及主人和客人对这种规范的滥用是《奥德赛》之气质和行为的基础。奥德修斯对娜乌茜卡所说的话出现在史诗大约中间的部分，所以这段话是史诗主题上的中心。

261

他开始时使用了大量的奉承，问她是一位女神还是一个凡人；如果是后者，那么她是如此美丽，以至于“你的父亲和尊贵的母亲，还有你的兄弟，/一定受着三倍的幸福。”然而“比谁都更为幸运，更感心甜的，是那个男人/以众多的财礼，把你争作自己的新娘，引着回家。/我的双眼从未见过如此俊美的凡人，/无论是妇女，还是男子——你美得使我惊讶。”在沿着这条思路说了更多以后，奥德修斯最终提到了自己的情况：“承受着莫大的悲伤。”他简明地解释说自己遇到了海难，并且说他认为自己的困苦还没有结束。只有在那时——他的话已经说了3/4——他才请求娜乌茜卡的怜悯，指出自己的困境之一就是他在岛上一个人都不认识。他要求的仅仅是，假定娜乌茜卡和她的侍从带到河边来洗的衣服是用什么东西包起来的，请她把包裹布给自己来蔽体，再就是请她告诉自己城市在哪里。要求说得很简要——他请求怜悯和帮助一共只用了6行——然后奥德修斯又把话题从自己转向了娜乌茜卡：“愿神明给你心中盼想的一切”，*还特别包括了一位丈夫和一个家。

因为奥德修斯无法报答娜乌茜卡的帮助，所以他必须让她处于一种施舍心态中。施舍者的财富超过哀求者越多，施舍者就越是可能给予慷慨的礼物。人们对自己福利的重视通常要远远超过对陌生人福利的重视，所以，只有当自己的情况好得多时，他们从陌生人消费自己的一部分财富中所得到的效用才有可能高于自己消费这些财富所得到的效用。这可能就是为什么奥德修斯会把自己话的第一

* 本段的中译文引自陈中梅译，《奥德赛》，北京燕山出版社1999年，页98－99。——译者

部分主要用于证明娜乌茜卡会很快变得十分富有，因为她的可爱会使她得到一个富有的丈夫，一个在给她聘礼方面会超出其他求婚者的丈夫。奥德修斯不需要花很多时间说服娜乌茜卡相信自己现在很穷困；这一眼就能看得出来。在证明了两人之间财富悬殊之后，他强调了自己要求的礼物（一块包裹布和一点信息）的成本对她来讲是多么的小。即便这样，他为自己要求的小小施舍还是提出了一点补偿，他的话结束时希望娜乌茜卡幸福。祝福并没有太多价值，但是小收益可以抵消小成本。

奥德修斯的话的第一部分还有进一步功用，即让娜乌茜卡不要担心说话者的人格。通过假装自己不确定娜乌茜卡是神还是人，奥德修斯是在试图减少自己的污秽和赤裸可能带给娜乌茜卡的任何恐惧，防止她像她的侍从一样逃得无影无踪；因为，像他自己这样的凡人不太可能会对一个神发起进攻。并且，通过大肆赞美娜乌茜卡，奥德修斯表明自己彬彬有礼、虔诚恭敬、富有教养。他使用文明的词语来抵消自己不够文明的外表。通过这么做，他还进一步暗示，自己可能并不是人们按他的外表所想像的那种人——他可能会是（实际上他就是）一个暂时落魄的有权力的人，所以有朝一日会报答娜乌茜卡对自己的善行。因此，这里暗示着互惠的利他主义的可能性。并且，一点点奉承总不会有什么坏处——奉承话即使不被相信也常常让人很受用。

奥德修斯的话既极富文学性，也极富理性，尽管这些话并不含

262

有太多传统意义上的信息。这种说法的表面上自相矛盾之处（极富理性，但没什么信息）来自于理智和情感之间熟悉的但却被夸大了

的对立。[9]感情会引导和加强注意力（就像塞缪尔·约翰逊的妙语所说的，即将被绞死的前景会让一个人的思想极为集中）、提供动机、培养直觉、并且激发想像力（包括移情的想像，它可以让我们进入其他人的感情世界），而理智为情感提供了触媒，对感情进行规制、引导和节制。人们感觉到的财产差别以及人们预期转让的规模可以激活怜悯这种感情——更为确切地说，是被关于这些事情的信息激活，奥德修斯的话成功传达了这些信息。为了最大化自己受到良好对待的可能性，他给自己必须说明的东西以不同的权重并且安排了恰当的顺序。

在文学中应用法庭辩论演讲术的顶峰是莎士比亚戏剧第三幕中安东尼在裘利斯·恺撒葬礼上的演说。这一顶峰不是勃鲁托斯的话：他演讲的失败反衬了安东尼演讲的质量以及这两个人在性格上的差异。尽管勃鲁托斯的演讲也很精致，小心地使用了反复和对比——“并不是我不爱恺撒，可是我更爱罗马”（第三幕第二场，行 21－22），* 等等——但是修辞结构是如此显著，以至于听者立刻就意识到自己是在听演讲。这种意识在听众和说话者之间打开了一道感情鸿沟，这一鸿沟又因演讲的精练、散文的形式以及朴实的经典和谐而加深。勃鲁托斯（这很符合他的个性）避免去搅动暴民们的激情。他也未能详细说明自己对恺撒的野心的指控，而只是说，“因为他有野心，所以我杀死他”（第三幕第二场，行 26－27）。** （也

---

[9] 对该对立的批评见了 Nelson Goodman, *Languages of Art: An Approach to a Theory of Symbols* 245－252（2d ed. 1976）；Ronald de Sousa, *The Rationality of Emotion*（1987）；Martha C. Nussbaum, *Upheavals of Thought: A Theory of the Emotions*（剑桥大学出版社，即出）；以及，具体地关于司法意见，Paul Gewirtz, "On 'I Know It When I See It,'" 105 *Yale Law Journal* 1023（1996）。

* 中译文引自，朱生豪译，方重校，“裘利斯·恺撒，”载于《莎士比亚全集》（八），人民文学出版社，1978 年，页 260。——译者

** 中译文引自，同上，页 260。——译者

请注意他是怎样把这一指控隐藏在一个从句当中。）这一疏忽使安东尼可以更加容易地“反驳”这个指控。我认为，作者是想让我们认识到，勃鲁托斯的讲话尽管很华丽，但比较笨拙。一个线索就是人群中有人对勃鲁托斯的话作出反应，喊道，“让他做恺撒”（第三幕第二场，行 50）*——这表明他没有理解勃鲁托斯的要点。

263 安东尼的演讲（它远长于勃鲁托斯的演讲，并且是以诗的形式而不是以散文的形式出现的）以一句双重假话开始：“我是来埋葬恺撒，不是来赞美他”（第三幕第二场，行 76）。** 他实际上是要赞美恺撒，并且，是要把恺撒的复仇精神放出来，攻击反叛者，从而使恺撒复活。安东尼的修辞问题是，在他开始讲话时，人群还同勃鲁托斯站在一起。他开始时的任务是要赢得他们的信任，并且削弱勃鲁托斯的地位。所以，在他刚刚说过自己不会赞美恺撒之后，他十分轻柔地抱怨葬礼仪式中所包含的不公平、即只可以讲死人的缺点（第三幕第二场，行 77－79）：“人们做了恶事，死后免不了遭人唾骂，／可是他们所做的善事，往往随着他们的尸骨一齐入土；／让恺撒也这样吧……”*** 通过向观众确认说“勃鲁托斯是一个正人君子”，**** 安东尼继续强调了自己的善意。但是，不断地重复这一程式，再混入对恺撒伟大功勋的提示，导致了这种后退变得越来越具有反讽的性质，最后完全变成了反话（第三幕第二场，行 123－129）：

啊，诸君！要是我有意想要激动
你们的心灵，引起一场叛乱，

* 中译文引自，同上，页 261。——译者
** 中译文引自，同上，页 262。——译者
*** 中译文引自，同上，页 262。——译者
**** 中译文引自，同上，页 262。——译者

那我就要对不起勃鲁托斯，对不起凯歇斯；

你们大家都知道，他们都是正人君子。我不愿干对不起他们的事；

我宁愿对不起死人，对不起我自己，对不起你们，

却不愿对不起这些正人君子。*

——到这个时候，"正人君子"已经被重新定义为"忘恩负义的叛徒"。

安东尼用悬念把人群的感情温度升得更高。他开始时拒绝读出恺撒的遗嘱，而是让人群去看恺撒的伤口。他相当细致地描述了这些伤口，然后才把它们展现给大家看，这还是用悬念来达到良好的修辞效果。通过强调勃鲁托斯对恺撒的忘恩负义，他让大家觉得恺撒好像是因为伤心而死（第三幕第二场，行 182 – 187）：

因为你们知道，勃鲁托斯是恺撒心目中的天使。

神啊，请你们判断判断恺撒是多么爱他！

这是最无情的一击，

因为当尊贵的恺撒看见他行刺的时候，

负心，这一柄比叛徒的武器更锋锐的利剑，

就一直刺进了他的心脏，那时候他的伟大的心就碎裂了；**

为了防止人群了解到安东尼在利用大众感情这个事实，安东尼更加强有力地否认任何煽动人群的计划、否认自己违背了针对那些允许自己讲话的人的诺言（第三幕第二场，行 211 – 231）： 264

* 中译文引自，同上，页 264。——译者

** 中译文引自，同上，页 266。——译者

好朋友们，亲爱的朋友们，不要让我把你们
煽起这样一场暴动的怒潮。
干这件事的人都是正人君子；
唉！我不知道他们有些什么私人的怨恨，
使他们干出这种事来，可是他们都是聪明而正直的，
一定有理由可以答复你们。
朋友们，我不是来偷取你们的心；
我不是一个像勃鲁托斯那样能言善辩的人；
你们大家都知道我不过是一个老老实实、
爱我的朋友的人；他们也知道这一点，
所以才允许我为他公开说几句话。
因为我既没有智慧，又没有口才，又没有本领，
我也不会用行动或言语来激动
人们的血性；我不过照我心里所想到的说出来；
我只是把你们已经知道的事情向你们提醒，
给你们看看亲爱的恺撒的伤口，可怜的、可怜的无言之口，
让它们代替我说话。可是假如我是勃鲁托斯，
而勃鲁托斯是安东尼，那么那个安东尼
一定会激起你们的愤怒，让恺撒的每一处伤口里
都长出一条舌头来，即使罗马的石块
也将要大受感动，奋身而起，向叛徒们抗争了。*

这段话几乎全都是假的。如果像安东尼希望的那样，在自己演讲结束之后人群会狂乱起来，那么勃鲁托斯和其他叛徒将无法回应安东

* 中译文引自，同上，页267。——译者

尼——而且勃鲁托斯在安东尼开始讲话之前已经离开了。安东尼并不是一个讲话直白（是在不含诡诈的意义上）的人，并且，如果勃鲁托斯是安东尼的话，那么他不会为了恺撒而煽动暴民，正如他不会为了反叛者去那样做一样。安东尼来到这里确实就是为了煽动人群进行哗变，并且他也不认为那些反叛者是正直的人。恺撒的伤口并不是“无言之口”；是安东尼使这些伤口替恺撒说话。

最后，安东尼解开了悬念，告诉了人群恺撒在遗嘱里留给公民的东西，用下面的话结束了自己的演说：“这样一个恺撒！几时才会有第二个同样的人?”（第三幕第二场，行252）。* 人群随后冲去焚烧叛徒们的房屋。但是安东尼并没有试图反驳勃鲁托斯说恺撒有野心的指控，除了他让人误导地让听众记起，恺撒曾经在被谋杀前一天三次拒绝安东尼献给他王冠。安东尼省略了一点，即恺撒在谋杀发生当天早晨被吸引到圣殿，正是因为有消息说元老院那天要献给他一个王冠。

安东尼的话被称为“修辞解构理智的典范”，[10]这并不是没有原因的。这并不是说他虚伪，也不是说他没有正当的理由，他对反叛者的正直进行的讽刺是真实的；而是说他的修辞是不诚实的。但是，尽管莎士比亚很可能想让我们对罗马暴民如此容易动摇这一点持批评态度，但是他也一定想让我们景仰安东尼完美的修辞技巧；因为，把一段修辞描写得既具有技巧又不诚实，这种做法并没有什么矛盾之处。

关于审判或上诉出庭的法学院课程可以基于勃鲁托斯讲演同安东尼讲演的对比。勃鲁托斯演讲的弱点同样也是对上诉法庭作口头辩论或对陪审团作总结陈述的弱点：它炫耀修辞特征（这会让听众警惕），它没有同听众进行对话，它缺乏细节或轶事，它没能诉诸

---

* 中译文引自，同上，页268。——译者

[10] Nicholas Brooke, *Shakespeare's Early Tragedies* 157 (1968).

听众的具体利益，以及它决定放弃反驳的机会。安东尼讨好本来同自己对立的听众，针对勃鲁托斯关于野心的指控列举了三项反驳（并不是滴水不漏，但是，因为他在辩论中有最后的发言机会，所以他没有必要担心自己的反驳会被挑出毛病），表现出了感情，展示了恺撒的遗嘱（这是他第一次使用道具——而且法官和陪审团是多么喜爱实物证据、多么欢迎脱身于语词的机会！），讲了一则关于恺撒的轶闻，展示了恺撒被包裹的尸体（第二次使用道具），展示了深深的伤口和恺撒官服上的血渍并且接着戏剧性地揭开了赤裸、残断的尸体（第三个道具，即比词语更为雄辩的伤口），在成功地让听众解除戒备时他否认自己具有演讲才能，使用遗嘱条款来诉诸听众的实际利益和感激之情，诱使听众不断地打断自己的讲话来创造一种对话式交互的假象，并以高度的激动状态结束了自己的演讲。安东尼的演讲具体、生动、个人化、口语化、多角度、富有戏剧性、雄辩、直率、富有感情——并且全无顾忌。

我已经给出了文学风格用于说服目的的例子。下面是一个文学风格服务于法律描述的例子。它来自于菲利普·罗斯（Philip Roth）的小说《夏洛克行动》（1993年）。一个人假扮了叙事人（他被让人迷惑地称为菲利普·罗斯），叙事人又偶然遇到了冒名顶替者：

“你在从事一种欺骗行为……你触犯了法律。”

“哪一个法律？以色列法律，康涅狄格州的法律，亦或是国际法？”

“这条法律是说，一个人的身份是他的私人财产，不得被他人盗用。”

“哦，所以你已经研究过了普洛瑟（Prosser）。”

“普洛瑟？”

“普洛瑟教授的《侵权法手册》。”

“我没有研究过任何东西。对于像这样一个案子，我只知

道常识可以告诉我的东西就足够了。"

"好吧，还是让我们看看普洛瑟吧。1960年，在《加州法律评论》中，普洛瑟发表了一篇长文，重新考虑了沃伦（Warren）和勃兰戴斯（Brandeis）在1890年《哈佛法律评论》中最初的文章，他们在这篇文章里借用了库利（Cooley）法官'不受打扰的一般性权利'这一短语并且划出了隐私利益的范畴。普洛瑟对隐私权案件的讨论分为四个单独的方面和诉讼理由——一，侵犯住所；二、公开披露私人事实；三，在公众心目中引起误解；以及四，盗用身份。"（页75）

266

这是一段对有关隐私权的普通法进行的极为简明扼要、浅显易懂的介绍。后来那个冒名顶替者承认，

"是的，法律确实有利于你。谁说不是呢？在我知道自己可能触犯的法律的每个细节之前，我是不会采取如此规模的行动的。在欧纳西斯诉克里斯蒂安·迪奥－纽约公司案（*Onassis v. Christian Dior – New York, Inc.*）中，迪奥服装的广告使用了一个面貌酷似杰姬·欧纳西斯的专业模特，法院决定，使用面貌酷似的人的后果就是陈述杰姬·欧纳西同该产品有联系，并且支持了她的诉求。在卡森诉贾尼在此移动厕所案（*Carson v. Here's Johnny Portable Toilets*）中，法院发出了类似的判决，因为'贾尼在此'这个短语与卡森以及他的电视节目有联系，所以，按照法院的观点，厕所公司无权在他们的移动厕所上展示这一短语。法律已经十分清楚：即使被告使用的是他自己的名字，如果这一使用暗示实际描述的是其他同名的名人，那么他也可能会因盗用而被起诉。"（页80－81）

如果律师和法官写的东西可以像这样直切主题、优雅、经济和简

单，那就好了！把虚构文学作品中对法律原则的描述汇集起来用于法律写作教学，这个方法可能也不错。

还有一些很好的法律文体家；如果说最好的，那么我要说，它是霍姆斯在洛克纳诉纽约案（*Lochner v. New York*）中的反对意见。[11]最高法院判决宣布，一部限制面包房工作时间的州法律无效，理由是它未经正当法律程序就剥夺了自由。霍姆斯反对意见中最为著名的句子（也是法律史上最为著名的句子之一，它对那些认为该州法律是错误政策的人和那些支持规制雇佣关系的人同样宝贵）是："第十四修正案并没有让赫伯特·斯宾塞先生的《社会静态学》成为法律。"提出这一命题时没有给出证明；在同意这一命题的同时但却认为这个案件的判决是正确的，这也是可能的。不知为什么，这些好像没有削减这篇反对意见的权威，它现在已经有90多年历史了。从那个时期存续下来的司法意见数量非常小，而其中有很多是由霍姆斯写的。但是，就像我们将要看到的，霍姆斯意见的论证并不是很好。[12]那么，其力量的源泉又在哪里呢？

267 下面是该意见的全文：

> 我对自己不能同意本案的判决感到真心的遗憾，并且我认为自己有责任表达出自己的反对意见。
>
> 这个案件判决的基础是一个经济学理论，而我国有很大一部分人都不接受它。如果问题是我是否同意那个理论，那么我想要在自己决定之前对它作进一步研究。但是我认为那不是我

---

〔11〕198 U.S. 45, 74 (1905)。关于对洛克纳案中的修辞的进一步讨论（不限于霍姆斯的反对意见——并且对"修辞"的概念也要比我所愿意使用的概念要广泛），请看Forum, *Rhetorical Criticism of Legal Texts: Four Rhetoricians on* Lochner v. New York, 23 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 619 (1996).

〔12〕也请看 David P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century: 1888 - 1986* 82 (1990).

的职责，因为我特别坚信，我是否同意，这与多数人在法律中表达自己见解的权利毫不相干。本院的大量判决已经确定，各州的宪法和法律可以在很多方面对生活进行规制，而我们作为立法者可能会认为这些规制的方法不够明智或者，像你们喜欢说的，非常专制，会干涉合同自由，就像本案的情况一样。星期日法律和高利贷法律是古代的例证。一个更为现代的例证是禁止彩票。公民有做自己喜欢的事情的自由，只要他不侵犯他人做同样事情的自由，这是一些著名作者的口号，但是这种自由受到学校法律、邮政局、为自己认为值得的目的而征收金钱的各个州和市机构的干涉，不论公民喜欢与否。第十四修正案并没有让赫伯特·斯宾塞先生的《社会静态学》成为法律。我们曾经维持了马萨诸塞州的疫苗义务接种法。见雅各布森诉马萨诸塞州案（*Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11)。本院很熟悉，美国和各州的制定法和判例削减了组成企业联合体的合同自由。见北方证券公司诉美国案（*Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197)。两年前，我们支持了加利福尼亚州宪法禁止差额销售股票或销售股票期货。见奥蒂斯诉帕克案（*Otis v. Parker*, 187 U.S. 606)。维持矿工工作不得超过八小时的法律是更近的事情。见赫尔登诉哈代案（*Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366)。这些法律中有些体现了法官们可能分享的确信或偏见。有些可能不是这样。但一部宪法并不是要体现一个具体的经济理论，不管是家长制和公民同国家间有机关系的经济理论，还是放任自由的经济理论。宪法就是为观点根本不同的人们制定的，并且，我们偶然地发现一定的观点很自然、很熟悉或者很新奇、甚至令人吃惊，这不应该就此终结我们对表现这些观点的制定法是否同美利坚合众国宪法冲突作出判断。

一般化的命题不能决定具体的案子。这种决定将依赖于一 268

种比任何可以说出的大前提还要精细的判断或直觉。但是我认为我刚刚表述的命题，如果能够接受的话，会让我们更加接近我们的目标。每一个判例都倾向于变成法律。我认为，第十四修正案中的自由这个词如果被用于阻止多数人意见的自然结果，那么它就是受到了曲解，除非可以说，一个理性、公正的人一定会承认所建议的［反对的?］制定法按照我们人民和我们法律的理解会侵犯基本原则。不需要进行研究就可以证明，这种对制定法的全面否定通不过我们这一关。一个理性的人可能会认为出于健康考虑它是一个适当的措施。我无法说没有理性的人会支持它，把它作为对工作时间进行一般性规范的第一步。在后一个方面它是否可能被指控为不平等，我认为没有讨论的必要。

在第一句话中设置了一个适当严肃和恭敬的基调后，霍姆斯提出了一项让人惊讶的指责——“这个案件判决的基础是一个经济学理论，而我国有很大一部分人都不接受它”。他没有进一步说明。读者既没有被告知这个经济理论是什么，也没有被告知我国有很大一部分人都不接受它这个事实（也没有进行进一步的说明）究竟有什么重要性。这一段开场进攻的力量在于进攻时所拥有的自信。他把读者放到了防御的位置上；读者敢于质疑如此沉着自信的表述吗？一个普通的法官会说像这样的话：“我尊敬地但却真心地反对多数意见，因为它毫无道理地用自己对公共政策的看法代替了宪法更具灵活性的规定，”然后会用很多页的论证和引用予以支持。霍姆斯的方法更为有效，因为，像我讨论《第二次来临》时指出的，在我们自己的知识不太稳固的地方，我们倾向于认可别人外在的自我评价，所以会更加信任自信的陈述而不是为自己辩护的陈述。

讲话者在讲话开始时努力让自己看起来好像可以信任、是讲真话的人，这种努力被经典修辞学家称作伦理诉求。霍姆斯反对意见

的第二个句子（“如果问题是我是否同意那个理论，那么我想要在自己决定之前对它作进一步研究”）继续进行伦理诉求。普通的法官会说像下面这样的话：“对于多数人的经济学理论是否正确这个问题，我个人的观点与本案无关。”这也是霍姆斯的句子可以被同义重复的内容。但是，通过以这种方式讲出来，他加入了一个进一步的暗示，即自己并不是匆忙得出结论的人，这使这个句子显得更为可信。这是精彩的一笔，但同时也是假的。霍姆斯是个匆忙作结论的人，而且事实上他几年前就把自由放任作为自己的经济哲学。[13]他毫无疑问地认为，洛克纳案中宣布无效的制定法是愚蠢的。很多法官在投票支持自己不喜欢的制定法时都会承认自己不喜欢，以让自己听起来很公正无私。这也是一种伦理诉求，但却是一种低级、自卖自夸的伦理诉求。霍姆斯的伦理诉求不但精细而且能够解除人们的戒心。它是一种乔治·奥威尔用得非常有效的“简单人”风格。奥威尔文章和报道中的“我”并不是艾里克·布莱尔（奥威尔的真名）；这个“我”是说话平直、自尊、诚实的典型英国绅士。直白的风格常常是（并且在这些例子中就是）由老练的知识分子建构出来的。[14] 如果霍姆斯认为这个案件应取决于一个经济学理论，那么他就会研究这个理论，这种想法是脱离实际的。洛克纳案反对意见中的隐含作者并不是真正的奥利弗·温德尔·霍姆斯。

269

同时，读者的悬念越来越强，想要找出霍姆斯认为多数人的

---

〔13〕请看 Robert W. Gordon, "Holmes' *Common Law* as Legal and Social Science," 10 *Hofstra Law Review* 719, 740 (1982); Joseph Frazier Wall, "Social Darwinism and Constitutional Law with Special Reference to *Lochner v. New York*," 33 *Annals of Science* 465, 475 - 476 (1976).

〔14〕James Arnt Aune, "On the Rhetorical Criticism of Judge Posner," 23 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 658, 668 (1996), 讲到了“霍姆斯在洛克纳案反对意见中的散文风格同爱默生风格的相似之处：它们相同的特征有，线性前进的缺失、更喜欢用句子而不是用段落作为思想单位、以及同时做到既简单又不乏老练的讽刺”。

“经济学理论”究竟是什么，因为多数意见中没有用过任何类似的词语。(像安东尼一样，霍姆斯是用悬念来达到修辞效果。）我们发现，它实际上是自由放任的理论，它“是一些著名作者的口号，[并且它] 受到学校法律、邮政局、为自己认为值得的目的而征收金钱的各个州和市机构的干涉。”请注意“口号”中漂亮的轻描淡写的嘲笑，以及因为把自由放任理论的支持者略带夸张地描述为想废除邮政局，因此这种嘲笑得到了加强。(霍姆斯没有明说他们想把邮政局私有化。）

这种嘲笑式的描写为该反对意见中那句呼风唤雨的话提供了一个先导，即关于赫伯特·斯宾塞的那句话——他是“著名作者”中间的一位——这句话的力量来自于它的具体性。如果霍姆斯把“赫伯特·斯宾塞先生的《社会静态学》”写成“自由放任的理论”或者把“成为法律”写成“通过，”那么这句话会弱许多。宪法会让一部英国人写的名称诡异的书成为法律，这种荒谬的想法给这个句子以感情的力量并且（我的基本观点）代替了证明 霍姆斯使斯宾塞的书成为自由放任理论的一个比喻。而且，因为比喻具体、生动、并且起初出人意料，所以比喻比平白的解释更容易记住。洛克纳案反对意见不但促成了多年后以否定“洛克纳主义”为顶点的观念转变，而且也变成了反对多数意见的司法哲学的一个象征，这个比喻也是原因之一。因为霍姆斯的反对意见如此简短，所以关键的句子，即关于赫伯特·斯宾塞的那句话，不会被错过。简明扼要在说服性演讲中是一种风险，就像我们在勃鲁托斯的例子中看到的，但它也可以是一种机会。霍姆斯简明扼要的反对意见吸引并支配了读者的注意力。句子的长短变化以及长句的优雅旋律提升了该意见的魅力，而警句（不但是关于斯宾塞的警句，而且还有“一般化的命题不能决定具体的案子”和“每一个判例都倾向于变成法律”）集中的力量让这个意见具有一种强有力的特征，如果这个反对意见更长、更分散，让这些警句隐藏于限制、注释、引用、重复以及司法

270

意见中常见的其他冗词赘句之中，那么这种强有力的特征就会丧失殆尽。

在抛出斯宾塞之后，霍姆斯最后终于给自己的立场找了一些支持，它开始于最高法院不久前维持了一部义务免疫注射法的案子（雅各布森案）。那个案子并不合适。免疫注射会产生一种经济学家们所称的外部收益；它不但保护了接受免疫注射的人，而且保护了可能被传染疾病的人。因此，强制免疫注射同放任自由理论的绝大多数版本是一致的——反垄断法律也一样（北方证券案）——而规定最长工作时间的法律是家长式的，所以同该理论并不一致。霍姆斯引用的另外两个案子是切中题意的，而且他本可以再多引用几个。但相反，他返回到了最基本的原则问题上面，说宪法“就是为观点根本不同的人们制定的，并且，我们偶然地发现一定的观点很自然、很熟悉或者很新奇、甚至令人吃惊，这不应该就此终结我们对表现这些观点的制定法是否同美利坚合众国宪法冲突作出判断”。多数意见从来没有说过应该终结。它所说的是，这部制定法是对契约自由的一种不合理干涉。就这一点，霍姆斯所说的全部内容就是，“一个理性的人可能会认为出于健康考虑它是一个适当的措施”。

在1905年的法学院考试中，洛克纳案反对意见会不会得到高分？我认为不会。它的结构没有逻辑，没有同多数意见进行尖锐的争论，在处理多数意见或判例时不够细心，没有做细致的法律研究，没有利用事实记录，并且对赫伯特·斯宾塞很不公平，今天的美国人对斯宾塞所了解的仅仅限于霍姆斯在洛克纳案反对意见中告诉我们的内容。这个反对意见也错过了同多数意见的基本前提假设进行争论的机会，这个假设就是，不合理的制定法违反了第十四修正案的正当程序条款；反对意见对该修正案的起源和目的一言未发。实际上，在结尾的地方，霍姆斯看起来好像承认了多数意见的基本（也是可以争论的）前提假设，即正当程序条款禁止不合理的

271

立法，他好像只是不同意纽约最长工作时间法律不合理这个结论。所以，这个反对意见开始时的笼统主张同其结论并不和谐。作为整体来读，这个意见没有清楚地挑战洛克纳主义，而仅仅挑战了洛克纳主义的滥用。简单说来，它并不是一篇好的司法意见。它只是过去一百年中最伟大的司法意见。

若用“科学”标准判断霍姆斯在洛克纳案中的反对意见，那就错过了要点。它是一篇修辞杰作，而修辞在法律中有很大作用，因为很多法律问题无法用逻辑或实证的证明来解决。在这么多年之后，洛克纳案究竟判得对不对还是没有定论。[15]最高法院取消了家长式的制定法（尽管只是断断续续地），直至在20世纪30年代晚期最终被政治压力压倒，在这一过程中，最高法院可能使美国相对来讲变得更为繁荣了。当然，第十四修正案是否意图批准洛克纳案因霍姆斯反对意见而象征的联邦司法对各州公共政策进行的那种随心所欲的干涉，对于这一点仍然存在着很大疑问。但是这种疑问并不多于对近几十年联邦司法对各州随心所欲干涉诸如堕胎、死刑和淫秽书籍领域内的公共政策的疑问——这也就是为什么罗依诉韦德案（*Roe v. Wade*）被广泛认为是洛克纳案的第二次降临。那些认为“洛克纳主义”（这个词因为霍姆斯的反对意见才流行起来）是恶法的人仍然继续从那篇反对意见的迷人修辞中得到慰藉和支持。

272

但是，洛克纳案反对意见不仅仅是个符号，而且也是一篇显示着聪明或技巧的作品。第二个句子（“这个案件判决的基础是一个经济学理论，而我国有很大一部分人都不接受它”）是法律现实主义的开山之作之一，它告诉我们，很多案件判决的基础并不是法律的原则，而是法官自身的价值观和偏好，以及他们对于什么是恰当

〔15〕请看，例如，Bruce Ackerman, *We the People*, vol.1: *Foundations* 66 (1991); Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* 108－109, 128, 280－281 (1985).

的公共政策的直觉。霍姆斯在被任命到最高法院之前就曾说过这种话，[16]但最高法院大法官说这些话更有分量。霍姆斯的司法意见、包括他的洛克纳案反对意见中那种出人意料的特征，与他的"现实主义"确信、即对难分伯仲案件的判决是一种政策判断而不是一种演绎推理，两者之间是一致的。洛克纳案反对意见并不是通过小心罗列事实和典据来论证自己的观点，但是我们想要的并不是这些东西。可能理性是无法决定最棘手的案子的。

通过把霍姆斯同马克·安东尼作类比，我看起来可能像是在建议一种与其说是现实主义的还不如说是愤世嫉俗的法律推理观。我看起来可能像是在说，只存在两种形式的说服方法：一方面是逻辑，它不能用于决定困难和重要的案子；而在另一方面是修辞的技俩。并非如此。在逻辑说服同感情说服这两个极端之间还有很多种方法可以取得合理真实的信念，这些信念仍然是理性的，尽管并不是严格的或者精确的。这就是实践理性的领地（即本章开始时提到的宽泛亚里士多德意义上的"修辞"）。[17]它包括诉诸常识、习惯、先例和其他权威、传统、经验、直觉、制度的考虑、历史、后果、社会科学、我们公正的或好的感情以及本书一直强调的"时间检验"。我们可以在洛克纳案反对意见中找到这些方法的痕迹。但是这篇意见的力量在于它的（严格意义上的）修辞，这种修辞迫使读者注意、并且让他震惊地重新思考自己对宪法的直觉。

我预见有人会有反对意见，即我们觉得霍姆斯在洛克纳案中的修辞手法是可以忍受的，仅仅因为我们认为他的法律立场或是正确的（这是主流观点）或是是可辩解的，并且，如果他使用这种手段来支持一个令人无法容忍的结果，那么他对修辞手法的技巧性使用

[16] 请看，例如，Holmes, "The Path of the Law," 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

[17] 请看我的书 *The Problems of Jurisprudence*, chs. 2–3 (1990).

只会使我们更为愤怒。但是巴克诉贝尔案仍然是一个雄辩的、让人动容的司法意见，即使我们对作者明显热情拥护的人种改良学感到反胃，就像《意志的胜利》（*The Triumph of the Will*）是一部漂亮的电影一样，尽管它是纳粹宣传片。下面是霍姆斯在巴克诉贝尔案反对意见的核心：

273

> 我们不止一次地看到过，公共福利可能会要求最优秀的公民贡献他们的生命。如果公众福利不能为防止我们被无能淹没而要求那些已经侵蚀国家力量的人做出这种更小的牺牲，而这些人常常并不认为这是一种牺牲，那就是一桩怪事。如果不是等着退化的后代因犯罪而被处死，或者让他们因自己低能而饿死，而社会可以防止那些显然不合格的人延续自己的物种，那么这对全世界来说都将是一件好事。维持义务免疫注射的原则足够广泛，可以允许割断输卵管。三代低能就足够了。[18]

这是一篇美丽的散文——灵光闪烁、充满激情、以一句才华横溢的格言结尾——但它在法律和道德推理方面却非常可疑。同征兵进行的类比并不完全；被征召入伍的人作出的牺牲可能更大，但要求他们牺牲的需要也更大。同义务免疫注射的类比依赖于一个没有经过审视的假定，即低能会产生犯罪。霍姆斯没有试图证明，在处死退化的后代或让他们饿死之外，强制节育是惟一的选择。并且他摘掉了司法公正的面具，清楚地表达了自己对弗吉尼亚州制定法的支持，尽管按照他对第十四修正案的观点，他对该制定法价值的意见同司法功能无关。即使卡莉·巴克真的是一个低能的人，巴克诉贝

---

〔18〕 274 U.S. 200, 207 (1927)（引用已省略）. 也请看我在第5章中对该案的讨论。

尔案也仍然是一个推理糟糕、残忍、在现代的敏感性看来[19]甚至邪恶的司法意见，但它是一流的修辞。对于艺术、包括文学艺术、包括在司法意见中偶尔出现的文学艺术进行清楚的思考，要求我们区分美学价值和道德价值。

在其他著名的美国法官当中，约翰·马歇尔、本杰明·卡多佐、路易斯·勃兰戴斯、勒尼德·汉德和罗伯特·杰克逊都有有趣的风格，并且他们中多数人都风格卓越。我将进行简要的讨论，然后再返回霍姆斯。因为法律与文学运动全神贯注于司法表达的伦理维度，所以司法意见的风格特征受到了忽视。[20]

只有约翰·马歇尔的风格霸气十足，但并不华而不实。他的风格耐心、有系统、朴实、不带感情、谦逊，是平静、自信的理性声音——是精华的启蒙运动风格。马歇尔意见的一个相关特点在我们的法律文化中很值得注意，即没有引用在先的、不论是美国的还是英国的判决，尽管存在很多他本来可以引用的意见。马歇尔避免使用法律术语也是相关的、值得注意的一点。这样一种风格在一个成熟的法律体系中是否还有可能，这是一件值得怀疑的事情；不管怎样，没有人能够成功地模仿马歇尔。他的有利条件是，在他解释宪法时，宪法还刚刚制定。这样，尽管他必须要有（而且幸运的是他有）很大的政治智慧，但是他不需要面对他的后人所要面对的那样

274

[19] 这是一个重要的限制：在巴克诉贝尔案判决的那个时期中，对优生学、对节育作为达到优生学目标的方法的信赖在完全令人尊敬的知识分子圈子中有着广泛影响。请看 Elazar Barkan, *The Retreat of Scientific Racism: Changing Concepts of Race in Britain and the United States between the World Wars* (1992) 的索引中的“优生学”(eugenics) 和“节育”(sterilization) 条目。正是纳粹的优生学实践败坏了优生学运动的声誉，而霍姆斯是无法预见到这一点的

[20] 关于一个值得注意的例外，请看 William Domnarski, *In the Opinion of the Court* (1996).

严重的解释问题。他也不像现代法官，必须趟过一个由权威判例组成的雷场。

迈卡罗奇诉马里兰州案（*McCulloch v. Maryland*）中的主要争点是国会是否有权建立一个银行，将它作为一项执行宪法第1条所列出的立法权的“必要和适当的”事情。最高法院的判决认为国会有这个权力。这一结论要求以一种有弹性的进路来解释宪法，而马歇尔对这一进路的陈述到今天还是权威的：

> 一部宪法如果要包含其巨大权力所允许的所有细节以及这些权力可以运用的所有方式，那么这部宪法就会像一部法典一样冗长，并且很难为人类大脑接受。它很可能永远不会为公众理解。所以，宪法的性质要求只列出它的大纲、指明它的重要目标，而组成那些目标的次要成分可以从这些目标本身的性质中演绎出来。这个思想被美国宪法的制定者们接受，这一点不但可以从这一文件的性质中、而且可以从它的语言中推断出来。如果不是这样，那么为什么会引入第一条第九款中的一些限制规定？在一定程度上，这也是因为他们避免使用了任何可能使它不能得到公正和正确解释的限制性词语。所以，在考虑这个问题的时候，我们一定不要忘记，我们解释的是一部宪法。[21]

这并不是一篇光彩夺目的散文，但是它简单、富有逻辑，并且非常好地逐步加强到他最后一个句子中的那句著名格言。

275 下面是霍姆斯在论证宪法解释需要灵活性的观点：“当我们处

[21] 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 407 (1819). 马歇尔在最后一句话中所加的着重号表明，风格的规则（例如，我们不应该使用黑体字来表示强调）——就像语法的规则一样，而且，也像在第3章中所使用的意义上的法律规则一样——规定出来就是为了被打破的，尽管这种打破是有选择的。关于马歇尔的风格，请看 Christopher L. Eisgruber, "John Marshall's Judicial Rhetoric," 1996 *Supreme Court Review* 439.

理宪法文件的词语时，比如美国宪法，我们必须意识到，它们给一种存在以生命，而即使最有天赋的生产者也无法完全预见这种存在的发展。对于他们来讲，能够意识到或希望自己已经创造了一个有机体就已经足够了；为了证明他们已经创造了一个民族，他们的后代花了一个世纪的时间、流了大量的汗水和鲜血。我们眼前的案子必须放在我们全部的经历中考虑，而不仅仅是看一百年以前所说的是什么。"[22]同马歇尔相比，霍姆斯更有活力。但是霍姆斯并不是最高法院的首席大法官，他写作时制宪会议并不是人们刚刚经历过的事情；并且，最为重要的，他没有马歇尔对解决困难法律问题的理性力量的那种18世纪的信念。霍姆斯的这段话让我们记起了另外一位18世纪的伟大思想家，即爱德蒙·伯克，他给理性的力量规定了清楚的界限。

有人可能会从我对马歇尔和霍姆斯的比较中推出，马歇尔应能逃过像洛克纳案反对意见和巴克诉贝尔案意见所遭受的学术责难。并不是这样。下面是柯里（Currie）教授有关马歇尔宪法意见的看法："……极大的修辞力量，援引宪法文本时不是作为判决的基础，而是用来悬挂显然是基于其他理由达到的结果，明显蔑视对先例的依赖，广泛借用了其他人的思想而不指明来源，愿意去触及那些不是必须判决的宪法问题，倾向于强烈支持案件的一方来解决棘手的问题，并且对自己结论的正确性深信不疑。"[23]

尽管马歇尔的风格看起来好像很沉稳，他还是同霍姆斯一样缺少司法技巧。因为他们很可能是我们历史上两个最伟大的法官，所以我宁可问一问技巧的概念是否不够完善，而不是去问这些法官是否不够完善。可能判决的艺术必然是修辞，不能认识到这一点是法

---

[22] Missouri v. Holland, 22 U.S. 416, 433 (1920).

[23] David P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years: 1789 - 1888* 74 (1985). 居然说蔑视!

律形式主义学派的一个缺点，而柯里是这一学派的杰出人物。可能有些案件不通过“强烈支持案件的一方”就无法解决——可能有条不紊的分析会使法院和读者都处于犹豫不决的状态，就像伯里丹的屁股一样。* 柯里对马歇尔的批评毫无疑问是针对学术写作中缺点。我们是不是应该基于这一点就认为，最好的司法意见就应该像一篇好的法律评论文章？法官的工作条件不利于生产具有很高学术质量的司法意见。因为绝大多数高等法院的争议管辖权非常广泛、无法达到专业化，所以法官对每个领域的了解一定会少于这些领域中的教授们。而且，司法意见的受众主要不是学术的受众。并且注重效果的法官一定会在多数情况下渐进地采取行动，这样他就会尊重区别、传统、同事的观点、政治现实以及诸如此类的东西；而这些会使教授有理由变得不耐烦，有时甚至会让他反胃。大多数成为法官的教授（至少在写司法意见时）都是像法官而不是像教授一样写作。

尽管我们不应该预期司法意见会有很高的智识创造或者很高的分析力度，但我们可以预期，最好的意见一定会明了地、甚至富有戏剧性地表现法官关心的事情；一定会明晰地给出引人注意的细节——这是学术分析的材料；一定会有一种把这些细节同更大的主题联系起来的感觉；有一种超越了诉讼者狭隘利害关系的视角；有清晰有力的陈述所产生的力量；有对受众预期的高度敏感。所有这些都是同虚构文学作品相联系的优点。还是使用文学的类比，我们可以说司法意见的主要优点是 18 世纪意义上的机智，即经常想到但从来都表达不好的东西。一部司法艺术作品的主题并不新奇，并且这些主题是用从等待判决的案件中随机抽取的案子表达出来的。其技巧在于，要使每一个案子都变成让人无法忘记的某个争点、某个问题或者某种进路的典范。这基本上是一种文学技巧，而律师们不

276

* Buridan's ass，指优柔寡断的人。——译者

愿意承认，像文学写作能力这样“不够专业的”技巧可以是司法卓越的一个因素。一个律师可能会承认法律有时可能是诗歌，但是不大可能承认诗歌有时可能是法律。

风格对后继者有坏影响，这句话用在勃兰戴斯身上要比T·S·艾略特把它用在弥尔顿身上更为合适。下面是勃兰戴斯最为著名的一篇司法意见的中心部分，这个意见就是奥姆斯泰德案（*Olmstead*）的反对意见，这个案子（后来被推翻）判决说，窃听电话并不是第四修正案中规定的搜查或者查封：“我们的宪法制定者的目的是要保证有利于追求幸福的条件。他们认识到了人的精神本质、他的感情以及他的智识具有的重要性。他们知道，生活中的痛苦、欢乐和满足只有一部分可以在物质中得到。他们寻求保护美国人，保护他们的信念、他们的思想、他们的感情和他们的感觉。他们授予了不受政府打扰的权利——这是所有权利中最为全面的一种，也是文明人最为珍视的一种。”[24] 气锤式的风格（几乎同样长度的句子，以相同的方式开始，并且充满了排比——“他们的信念、他们的思想、他们的感情”等等——还有反复，特别是“他们”和“他们的”）传达了一种勃兰戴斯自己的兴奋所带来的让人迷惑的感觉，这让读者怀疑，勃兰戴斯是不是在把自己对于公正社会的看法投射到早已死去的制宪者身上。作为一种威吓的风格，它抓住了对话者的衣领，对着他的脸高声喊叫以取得赞同，而不是进行一种讨论。作为一种不适合用于赞美经典自由派的个人自主理想的风格，它也易于模仿，并且是很多现代司法反对意见中空洞哀诉的典型。

277

请对比下面一个段落，它是杰克逊大法官一个意见，这段话的

---

[24] Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 478－479 (1928) 关于勃兰戴斯的反对意见，请对比霍姆斯典型的简明扼要而又雄辩的反对意见，把政府的非法窃听行为描述为“肮脏的业务，”并且说，“我们必须作出选择，并且对我来说，我认为，同政府扮演不光彩的角色相比，让几个罪犯脱逃的害处更小。”277 U.S. 469－471。请注意“我们必须作出选择，并且对我来说……”这句话中的法律现实主义味道。

风格更为理性（更少有“修辞”），也更为辛辣。杰克逊大法官的这个意见抗议他的同事愿意判断州最高法院有关刑事被告权利的判决：“只要一个法院的判决被另外一个法院审查，那么它们中总会有一定的百分比遭到撤销。这反映了不同法院的组成人员通常在视角上有区别。但是，一个高级别法院撤销低级别法院的判决，并不能证明正义就得到了更好的伸张。毫无疑问，如果存在着一个超级最高法院，那么我们对州法院的撤销中有很大一部分也会被撤销。我们是终审并不是因为我们永远正确，相反，我们永远正确仅仅因为我们是终审。”[25]就像马歇尔和霍姆斯的情况一样，这个段落渐进达到的那条格言的力量来自于引入它时的那种低调方式。这些法官是掌握节奏和时机的大师。[26]

在这些伟大的司法文体家当中，卡多佐是最受批评的一位，并且我们可以注意他在帕尔科诉康涅狄格州案（*Palko v. Connecticut*）的意见，并看出其中的原因。该案的争点是，对帕尔科执行死刑是否构成对正当法律程序的违反。帕尔科最初被定了二级谋杀罪，该罪不能判处死刑，康涅狄格州对此进行了成功的上诉，在重新审判时帕尔科被判死刑。卡多佐的假定是，在一个联邦刑事诉讼案件中，如果允许检方在这种情况下上诉就会让被告处于双重风险之

278

〔25〕 Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540 (1953)（附和意见）.

〔26〕 杰克逊在第二个向国旗敬礼案中的意见是美国法律历史上最为雄辩的多数意见之一。我下面就引用其中最为风云际会的段落：“这种强求一致的企图最终不会有什么效果，这是每一个这样的努力给我们的教训：罗马因为基督教妨碍了非基督教的统一而试图扑灭基督教，为了达到宗教和王朝统一而出现的宗教裁判所，为了达到俄国统一而出现的西伯利亚流放者，以及我们现在所面临的极权主义敌人进行的行将瓦解的努力。那些强迫取消反对意见的人很快就会发现自己在对反对者斩草除根。强制的意见一统只能达到墓地中的一致……第一修正案……的目的就是为了通过防微杜渐来避免这种结果……这个案子变得困难并不是因为判决所需的原则含糊不清，而是因为所涉及的旗帜是属于我们自己的。” West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 641 (1943).

中，所以会违反第五修正案。尽管如此，他所得出的结论是，康涅狄格州允许上诉的决定对人权的剥夺还不是如此地重要，不至于违反第十四修正案正当程序条款对各州所作的较为宽松的限制。[27]因为，“如果审判中含有对被告不利的错误，那么他可以要求［上诉的］再审，直到消除了错误的污点。一项对等的权利现在给予了该州，但这种权利在所有时候都受到主审法官裁量权的限制。这里并没有什么震撼世界的革新。法律的大厦仍然耸立如故，它在很多人看来变得更为匀称。”[28]这个隐喻十分精巧。只要革新并不足以“震撼世界”——也就是说，只要不发生地震——那么正义的“大厦”就不会被破坏。实际上，它看起来会更具对称的美感，因为现在不只是被告失利可以上诉，而且各州也可以在失利时上诉了。但是，尽管这个形象很精巧，几乎接近于机智可爱，但是它在死刑案中拨响了一根变调的琴弦。而且，无条件地诉诸“匀称”——这是诉诸美学是不是政治或司法概念——这在刑事程序讨论中不合时宜。这个程序是故意不对称的。检方证明犯罪必须达到没有合理怀疑的标准；如果举证责任被减少到在双方证据不相上下时通过抛硬币来决定是否犯罪，那么正义的大厦是不是就更加雄伟或更有条理呢？拉伯雷的驭鹅大法官可能会这样认为，但卡多佐大法官不会。这种建筑的比喻并没有完成思考，而是代替了思考——这一点如此明显，以至于这一形象并没有起到有效修辞应有的作用。[29]

---

〔27〕多年后，最高法院认为，第十四修正案赋予各州的刑事被告同联邦被告相同的第五修正案双重危险条款所规定的权利，尽管第十四修正案本身并不含有双重危险条款。

〔28〕302 U.S. 319, 328 (1937)（援引在这里被省略）。

〔29〕或者可能美国人的耳朵就不听不到玄学派的智慧。这个地震的比喻朦胧地呼应着多恩(Donne)的伟大的爱情诗《赠别：莫伤悲》(A Valediction: Forbidding Mourning)："地震造成伤害和恐慌，／人们猜测它的作用和意图；／可是九天穹隆的震荡／虽然大得多，却无害处。"（中译文引自傅浩译，《艳情诗与神学诗》，中国对外翻译出版公司，1999年，页76。——译者）请注意，多恩是怎样通过轻视地震而事先就“解构”了卡多佐！

当法官想要文学色彩时，其危险并不是他们会把自己变成自命279 不凡的傻瓜，尽管他们常常这样，其危险也不是他们会让坏理由显得是好理由。危险是，他们会让法律混乱不堪。在帕尔科案中卡多佐把匀称放到了它本不应该出现的地方。如果法官说价格是“经济的中枢神经系统”，[30]那么留心文字的律师就会开始用不适当的生物学比喻来思考反托拉斯法。比喻省略了推理过程，而推理可能会指出这个比喻所传达的类似之处（定价体系同神经系统的类似之处，刑事司法体系同一幢建筑物的类似之处）的恰当及其限制。[31]

现在我们来考虑卡多佐的一篇受到很高评价的作品。在人民诉迪福奥案（*People v. Defore*）中，卡多佐所在的法院重新确认了，根据纽约州法律，警察非法取得的证据仍然可以在刑事审判中采用。[32] 他用16个字论证了排除这种证据的规则是不对的：“罪犯会因为警官犯了错误就逍遥法外。”精练并不是这个句子的惟一优点。用稍微有些复古的（即使在1926年）“警官”（constable）代替“警察”（policeman）是神来之笔。这不但改善了这个句子的旋律，而且，因为它有一种外来的氛围，所以会使这个句子更容易被人记住；它也使警察滥用权力显得微不足道，甚至显得滑稽可笑。“警官”让读者想起不带武器的英国警察，他们同粗野的美国警察是如此（至少是在传说中）不同。并且卡多佐的警官并不是一个穿着制服的坏人，而是犯了错误的人——一个吉尔伯特和沙利文式的警官的失误不会让任何人觉得是对个人自由的威胁。

---

〔30〕 United States v. Socony - Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 226 n.59.(1940).

〔31〕 请看 Michael Boudin, "Antitrust Doctrine and the Sway of Metaphor," 75 *Georgetown Law Journal* 395 (1986); Chad M. Oldfather, "The Hidden Ball: A Substantive Critique of Baseball Metaphors in Judicial Opinions," 27 *Connecticut Law Review* 17 (1994). 一般讨论请看 Bernard J. Hibbitts, "Making Sense of Metaphors: Visuality, Aurality, and the Reconfiguration of American Legal Discourse," 16 *Cardozo Law Review* 229 (1994).

〔32〕 150 N.E. 585, 587 (N.Y. 1926).

主谓倒置是卡多佐风格的标志："很疏忽的是那个行为，而且它也是错误的，这是在它是反社会的意义上。但是，它相对于其他旅行者之所以错误和反社会，只是因为警惕的眼睛会感觉到损害的风险。"[33]这种倒置在开始时会让读者感到不知所云，但却是一种强调关键词汇（刚刚引用的那段话中的"疏忽的"和"错误的"）的有效方法。脱离标准的词序，经常使用隐喻和格言，这些是人们在批评卡多佐的风格过于"华丽"时心里想到的。这并不华丽。华丽的风格是指大量使用从句、插句、离题的句子、冗句和其他花饰。卡多佐倒置标准词序以及使用隐喻和格言有助于达到精练和生动。

卡多佐的非司法性作品的风格要比他的司法意见更为华丽，并 280 且这也影响了人们对他司法意见的印象。这里是一个例子："法官在冷酷逻辑的刺激之下有时会得出无情的结论，他们认为自己别无选择。他们对这种牺牲的礼拜感到遗憾。尽管如此，他们还是把眼睛转向一旁来进行这种礼拜，他们相信自己把刀插进去时是在奉行自己的职责。牺牲品被放在规则的祭坛上奉献给法理之神。"[34]广泛的（实际上是过度的）比喻、或嬉笑或含羞的语调、以及给作品凭添了戏剧气氛的断续句子——这些是在卡多佐的很多非司法性作品中可以找到的过于成熟风格的标志。但是在这些作品中也存在着很多好东西，比如他对约翰·马歇尔的优美赞颂："他在美国宪法上留下了自己思想的印记；而且我们的宪法之所以有它今天的形态，是因为在宪法还有弹性、可以锻造时，他用自己强烈的信念之火铸造了它。"[35]

卡多佐的风格有一种高度的光彩，这种人造的特征使读者意识到他的司法意见是司法的艺术，并且这附随地给了卡多佐一种勃鲁

---

〔33〕 *Palsgraf v. Long Island R.R.*, 162 N.E. 99, 100 (N.Y. 1928).

〔34〕 Cardozo, *The Growth of the Law* (1924), in *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo: The Choice of Tycho Brache* 219 (Margaret M. Hall ed. 1947).

〔35〕 Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* 169-170 (1921).

托斯的意味。大约与他同时代的勒尼德·汉德的司法意见成功地模仿了法官在斟酌一个案件时进行思考的过程。他的意见千回百转，就像这个法官在想到互相冲突的因素时被它们拉着忽左忽右一样。汉德是司法文体家中的亨利·詹姆斯（Henry James）。* 卡多佐的风格表现了一个平静的外表，而汉德的风格（我稍后会给出一个例子）则表现出更大的深度。

同卡多佐不同，霍姆斯在穿着法官袍时同脱掉它时写得一样好。下面是他1886年为哈佛法学院学生所作的一次演说中的一小段："这个法学院的教授们以从未有过的坚定对自己说过：我们不会满足于送出去这样的学生，他们一无所有，除了一篓子一般原则——一堆绚丽的通则，就像一群小巧的、没有躯体的小天使，在科勒乔绘画的顶端扇动着翅膀。"[36]通过先采取一种戏剧的形式（"这个法学院的教授们……对自己说过：我们不会"而不是"这个法学院的教授们并不满足于……"）、然后再堆砌起形象，霍姆斯令自己的观点难以忘记。两个隐喻（"一篓子的一般原则"和"一堆绚丽的通则"），其中第二个隐喻使用了辅音韵，引出了那个精彩的明喻（"就像一群小巧的、没有躯体的小天使……扇动着翅膀"）。"一群小巧的、没有躯体的小天使"是一个点睛之笔。小天使确实（如果我们可以这么说的话）小巧又没有身体；但这样描写它们，就让它们成了无能为力的代表。它们是在一幅画当中，而且，不仅如此，它们是在画的顶端，所以是在观察者注意力的边缘，这些使这个形象更为清晰。也请注意一系列的递进（一般原则，绚丽的通则，没有躯体的小天使）是怎样使读者能够接受一个在毫无准备的情况下会让人觉得怪诞的明喻。一个抽象的

---

* 亨利·詹姆斯，1843－1916，美国作家和评论家，代表作包括《波士顿人》（1886年）和《金碗》（1904年）。——译者

[36] Oliver Wendell Holmes, "The Use of Law Schools," in *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* 224, 227 (Richard A. Posner ed. 1992).

概念（"一般原则"）被变得完全可以看得到。

霍姆斯的节拍并不限于法律。下面是他一篇餐后演讲的结尾： 281

> ……我认为不是不可能的，像蚕蛹为了变成自己从未见过但将要变成的长翅膀的东西作准备一样——人类也可能有自己并不理解的宇宙的目的地。所以，在互相战争的种族和贫瘠的地球之外，我像在梦境中一般瞥见了一线和平。
>
> 在另一天，我梦境的图像出现在我的大脑之中。当时是傍晚，我正在财政部边的宾州大道上朝自己家走去，当我越过谢尔曼雕像向西看时，天空中染满了落日抛下的猩红和深红。但是，就像瓦格纳歌剧中预示着疾风骤雨即将来临的音符一样，在地平线之下，从小圆球中发出了电灯那不和谐的苍白光线。然后我自己想到，《众神黄昏》* 即将结束，并且从这些像邪恶的虫卵般聚积在一起的圆球中会出现天空的新主人。这就好像我们所处的时代一样。但这时我记起了我部分表达过的信仰，对我们的恐惧所无法测度的宇宙的信仰，这宇宙思考过，而且不仅仅是在宇宙之内思考，并且，当我凝眸注视的时候，在日落之后、在电灯之上，星光在闪亮。[37]

这是以散文诗表达的预言。实际上，它同《第二次来临》遥相呼应。可能并不那么遥远。就像叶芝的诗一样，霍姆斯的结束语是关于一次既险恶又让人激动不已的重生。旧神灵的房子在火焰中灰飞烟灭，就像在瓦格纳的歌剧中一样。新的神，由充满着可怕可能性的街灯代表的技术之神，当旧神灵在火焰当中消失时出现。但它们的统治很短暂。很快，星星——包含着人类及其目标以及所有一切

---

* 《众神黄昏》是瓦格纳的一部戏剧。——译者

[37] Holmes, "Law and the Court," 载于上注，页 145，148。

的宇宙的代表（“我们的恐惧所无法测度的宇宙”是很优美的一笔）——出现了，它们是真正的统治者，赶走了人类“邪恶的虫卵”所产生的恐惧。[38]

美学的完善同“纯粹的”与“不纯粹的”风格

一些法律与文学学者声称，法官可以从文学中得到洞见，而这种洞见同有效表达无关，而是同可以在文学中找到的精神、意义、价值、甚至信息（作为新闻的小说）有关。我将在下一章中讨论他们的观点。在这里，我想从文学的道德内容甚至信息内容进行抽象，让大家注意其中体现的技术价值，特别是公正无私（超然、平衡、意识到除了作者自己的视角之外还可能存在其他视角）、严谨以及具体。这些价值因为独立于作品的内容而具有形式的特征，它们加起来会得到美学的完善，并且同司法意见写作有关。

不带前见地阅读《威尼斯商人》（如果这是可能的话！）就会对夏洛克是个恶人这一点毫无疑问；《失乐园》中的撒旦也是一样，

[38] 并不只有法官才是会写出色法律散文的作家。除了包括由亚伯拉罕·林肯所写的一些高质量的、但通常兴趣短暂的案情摘要，以及一些值得注意的口头辩论、比如罗伯特·杰克逊在纽伦堡法庭所作的总结陈述之外，法学教授们的学术作品和争论，比如（这里只提已经过世的）威廉·普洛瑟（William Prosser）、亚历山大·贝克尔（Alexander Bickel）、阿瑟·莱弗（Arthur Leff）、卡尔·卢埃林（Carl Llewellyn）、亨利·哈特（Henry Hart）、赫伯特·韦斯勒（Herbert Wechsler）、保罗·贝特（Paul Bator）以及哈里·加利文（Harry Kalven），都不时地摸到了修辞的顶点。出于篇幅的考虑我不再讨论这些作品。但是我会在第10章中讨论几位法学教授作品中的修辞，并且我已经在 Posner，上注〔1〕，页70－75中讨论了韦斯勒著名的“中性原则”文章中的修辞。

尽管很久以来就有人论证相反的观点。[39]如果你仔细地阅读《伊利亚特》，你会毫无疑问地认为作者是想要让你认为屠杀特洛伊人是一件好事。而且《丧钟为谁而鸣》的读者也不会怀疑，海明威是同拥护西班牙共和政府的人站在一边的。但是在这些作品中，作者从来都没有通过剥夺坏人的基本人性（在撒旦的例子中是他的“天使性”）来做手脚。作者们放弃了浅薄的胜利，让读者们能同时从坏人的视角看这个世界。很少有伊丽莎白时代的人会把犹太人想像成是有完全的、如果说是邪恶的人性；莎士比亚伟大的同时代人马洛就做不到。弥尔顿就把撒旦描写成一个英雄式的人物，几乎到了渎神的边缘。在现存的作品中，《伊利亚特》最先表达了一种意识，即凡人的敌人仍然可能同你有着同样的感情。海明威“拒绝在《丧钟为谁而鸣》中把所有的法西斯分子都写成坏人，也不愿把所有支持共和制的人都写成正面的好人。”[40]尽管斯汤达对教会和贵族怀有敌意，但他却拒绝在《红与黑》中对自由派、农民、共和派、资产阶级、巴黎人或外省人、或者波拿巴主义者进行浪漫化的处理。

诉讼律师难以对自己的对手甚或自己的客户进行同情理解，并且法官的特征之一就是压制对败诉方有利的事实和法律，以此来达 283 到短暂的修辞胜利。但是，对于诉讼代理人来讲，没有比同情理解

[39] 请看，例如，William Empson, *Milton's God* (2d ed. 1981)。对正统观点的有力重述，请看 Jeffrey Burton Russell, *Mephistopheles: The Devil in the Modern World* 95 – 127 (1986)。

[40] 这是科林斯·布鲁克斯的观点，转引自 Robert Penn Warren, “A Conversation with Cleanth Brooks,” in *The Possibilities of Order: Cleanth Brooks and His Work* 1, 16 (Lewis P. Simpson ed. 1976)。请把布鲁克斯的话的后半部分（“把所有支持共和制的人都写成正面的好人”）同莎士比亚拒绝在《威尼斯商人》中把所有的基督徒都写成正面的好人进行比较。实际上，有人曾经论证（尽管我认为不无夸张）说：“莎士比亚在《威尼斯商人》中所说的是，犹太人是坏人，但是基督徒也一样坏……剧中惟一虔诚的基督徒是鲍西娅，她在现实生活中不可能作为一个女性出庭律师存在。” W. D. Rubinstein, *A History of the Jews in the English – Speaking World: Great Britain* 41 (1996)。

更好的建议了——理解客户（如果他有法律知识的话，他会为自己说些什么?），理解客户的对手（他会怎样回应我们的论点?），以及理解法官（在我的立场中，什么会吸引他，什么会让他感到为难，我应该怎样限制自己的辩论词，以使它在接受时不会要求对原则作大的变化、不会有麻烦的实际后果?）。当事人主义的诉讼体系让每一个当事方都有机会讲出自己的观点，他可以从虚构文学作者的例子里学会怎样把自己的观点讲好。

我所称的公正无私的反例是最高法院在艾森斯达特诉贝尔德案（*Eisenstadt v. Baird*）中的意见。该案的争点是，州是否可以禁止向未婚人士销售避孕用具。最高法院此前曾经判决说各州不能禁止向已婚人士销售避孕用具，但现在它拒绝把这一点当作一个重要的区别："已婚的两个人并不是一个独立的、有着自己的头脑和心灵的实体，而是两个个人的结合，每个人都有着独立的智力的和感情的天性。如果隐私权还有任何意义的话，那么它就是指一个个人，不论婚否，在像是否怀孕这样对一个人有着重要影响的决定上面，都有不受政府无理由干涉的权利。"[41]这就做了手脚。没有人会把已婚的一对人称作"一个独立的、有着自己的头脑和心灵的实体，"也没有人会为"无理由"的政府干涉进行辩护。最高法院是在慢吞吞地用着重号打倒一个稻草人。如果它说该案的争点是一个州在宪法上是否有义务允许销售能够促进非法性行为和通奸的物品，因为这些物品会使这些行为成本减低，那么最高法院的驳斥听起来就不会让人如此信服了。这个段落中最值得注意的断言就是，如果隐私权还有"任何意义"的话，那么它意味的就是未婚人士有权买避孕用具。这就是说，直到1972年最高法院判决了这个案件（或者可能是1970年上诉法院下发了被最高法院维持的判决），根本就不存在隐私权。我们可能会以为隐私权是艾森斯达特案的边角问题，而

[41] 405 U.S. 438, 453 (1972)

不是它要讨论的中心问题。

在文学作品中也存在很多夸张的例子，其中有些很有声望。当雪莱在《无政府状态的面具》中敦促英国的平民“把你们的锁链像水珠一样甩到地上，”并且许诺“僭主们会飞速消散／就像一场梦的模糊景象”时，他无意中小觑了争取自由的斗争，让自由的敌人显得很脆弱。[42]这么多的新批评论者反对这么多的浪漫主义诗歌，正是因为这些诗歌缺乏对人类能力有限的成熟认识。它是出色的诗歌，但不是可供法官模仿的好例子。 284

美学完善性的第二个组成部分是“严谨”——即努力寻找精确的词句。像T·S·艾略特在《小吉丁》第五部分中解释的，在下面描述的句子中可以看得到“严谨”：

> ……每个词都各得其所，
> 从它所处的位置支持其他的词，
> 文字既不羞怯也不炫耀，
> 新与旧之间的一种轻松的交流，
> 普通的文字确切而不鄙俗，
> 规范的文字准确而不迂腐，
> 融洽无间地在一起舞蹈。*

在很多其他诗人当中，玄学派诗人及其现代体现者（就像艾略特本人）在诗歌中就例证了这个理想。散文作者中的例子包括福楼拜、詹姆斯、乔伊斯、吴尔夫、卡夫卡以及菲利普·罗斯（就像从我所

---

[42] Thomas R. Edwards, *Imagination and Power: A Study of Poetry on Public Themes* 167 (1971).

* 中译文引自，艾略特著，汤永宽译，《情歌·荒原·四重奏》，上海译文出版社，1994年，页135－136。——译者

摘的《夏洛克行动》的段落中已经看到的一样)。通过将卡夫卡同他的一个模仿者进行比较，罗纳德·格雷（Ronald Gray）表明了为什么卡夫卡的力量有一部分来自于他拒绝努力达到夸张效果，尽管他那常常荒谬的主旨看起来引诱他去达到那种夸张效果——卡夫卡的力量来自他清醒和克制的风格。[43]

285 或者请考虑一下哈姆莱特给霍拉旭的信，这封信写于哈姆莱特在去英国航行失利后刚刚返回丹麦：

> 霍拉旭，你把这封信看过以后，请把来人领去见一见国王；他们还有信要交给他。我们在海上的第二天，就有一艘很凶猛的海盗船向我们追击。我们因为航行太慢，只好勉力迎敌；在彼此相持的时候，我跳上了盗船，他们就立刻放下我们的船，扬帆而去，剩下我一个人做他们的俘虏。他们对待我很是有礼，可是他们也知道这样作对他们有利；我还要重谢他们哩。把我给国王的信交给他以后，请你就像逃命一般火速来见我，我有一些可以使你听了以后咋舌的话要在你的耳边说；可是事实的本身比这些话还要严重得多。来人可以把你带到我现在所在的地方。罗森格兰兹和吉尔登斯吞到英国去了；关于他们我还有许多话要告诉你。再会。(第四幕第六场，* 行 12 – 28)**

一次冒险以高度的戏剧性和举重若轻的优雅叙述了出来，但丝毫没有影响清楚或浪费笔墨。没有为了达到效果而进行的变形，没有虚

[43] Gray, Franz Kafka 10 – 28 (1973). 也请看 Joseph Strelka, "Kafkaesque Elements in Kafka's Novels and in Contemporary Narrative Prose," 21 *Comparative Literature Studies* 434 – 435 (1984).

* 波斯纳的原著标为第四幕第四场，疑为笔误。——译者

** 中译文引自，朱生豪译，吴兴华校，"哈姆莱特，" 载于《莎士比亚全集》，(九)，人民文学出版社，1978 年，页 111 – 112。——译者

张声势。这是最精确的散文，但是仍然文雅端庄。

我所称的美学完善的第二个因素是“具体，”作为例子，请考虑《第二次来临》的第二个诗节，开始的地方是：

显然某种启示就要来临，
显然第二次来临已经很近；
第二次来临！这几个字还在口上，
出自世界之灵的一个巨大形象，
扰乱了我的视线……*

我这里注意的不是所有这些句子的意思是什么，或者世界之灵是什么，[44]或者这些诗行怎样调整到该诗伟大的结束行。我想让读者注意的是第五行中的“视线”。在回忆时，我们可能会把它记成“思想”；形象是思想里的东西。但是，对诗人来说，它就是人们看到的东西，因为我们看到的东西才是真实的，而我们想像的东西是虚构的，并且诗人想让读者相信这一形象的真实性。这只是一小笔，并且在谈论一个幻象的具体性时有一种不现实的气氛。但是，这是典型的文学手法，是用视觉或触觉形象使人理解一个观点。这些是让文学具有具体性的手法——这种特征也是霍姆斯具有的（请回忆扇翅膀的小天使、输卵管、蚕蛹、街灯以及邪恶的虫卵），并且现代司法意见可以更多加以利用。人们记住了一位有能力的最高法院大法官可能主要是因为他说的关于淫秽物品的话，他说自己不能给淫秽物品下定义，但是“当我看到时我就知道它是淫秽物品，而本

---

* 中译文引自，裘小龙译，“第二次来临”，载于《丽达与天鹅》，漓江出版社，1987年，页160——译者

[44] 请看 Richard P. Blackmur, “Yeats: The Second Coming,” in *Master Poems of the English Language* 847 (Oscar Williams ed. 1966).

案所涉的电影并不是"。[45] 这段陈述中的坦诚（承认法律推理的限制）和直率同现代司法意见特有的逃避形成了反差，让人耳目一新。它的效果就像在一个沉闷的房间里打开了一扇窗户。

286

考克斯广播公司诉可因案（*Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*）的事实陈述开篇的那句话更为典型。该案判决认为，第一修正案禁止各州允许为强奸者杀害的被害人的家属因为传播了被害人的名字而取得侵犯隐私的赔偿金。这个句子说，"1971 年 8 月，被上诉人 17 岁的女儿成了一桩强奸案的被害人，并且没有活过那个事件"。[46] "没有活过那个事件" 这些字是下意识地取自描述手术过程中病人死亡的标准措辞："X 因肿瘤手术，但没有活过手术。" 正常人不会说，"X 被枪击，并且没有活过那个事件"；他会说，"X 被杀死了。" 最高法院回避了对生硬事实的陈述。它用了委婉的表达方式，为这个意见令人吃惊的结论铺平了道路，即第一修正案使公开散布有关被害者姓名的恐怖和无关细节的行为得到法律责任的豁免。

避免具体细节的做法在法律写作中随处可见。对于一位法官或立法者来说，一个 14 岁的怀孕女孩是 "未成年孕妇，" 而一个 12 岁的谋杀犯是一个 "犯罪的未成年人。"[47]这里不仅仅是在使用委婉的措辞；法律头脑对语言形象毫不敏感。考虑一下在人工流产案

---

〔45〕 Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964)（斯图尔特「Stewart」大法官，附和意见）。

〔46〕 420 U.S. 469, 471 (1975).

〔47〕 Akron Center for Reproductive Health, Inc. v. City of Akron, 651 F.2d 1198, 1205 注[4]（第六联邦上诉法院，1981 年），该案的意见部分被维持并且部分被撤销，但却是基于其他理由，462 U.S. 416 (1983); In re Hester, 446 N.E. 2d 202, 204 (Ohio App. 1982).

件中使用的标准的法律陈词滥调："罗依案及其后裔。"[48]写出这种东西的人"脑子里并没有看到他所指称物体的形象"。[49]使用"后裔"这个词来描述将人工流产合法化的那个判例的"后代"觉得很舒服的法官（或者他的法律助理），完全可能是一个用抽象而不是具体的语词来思考人工流产的人。这是很危险的，因为法官会看不到自己判决的后果，他会骗自己说，自己居住在一个纯粹概念的王国之中。

我可以注意并且指出司法意见之间的一个基本分野，从而对这些关于美学完善性的论述予以一般化和系统化。在这个分水岭的一 287 侧，司法意见有一种高傲、正式、专横、非个人化、"精致、"表面上"正确"（包括"政治正确"）、甚至神圣的语气；在另一侧，司法意见倾向于直率、对话式、亲近、甚至辛辣、甚至通俗易懂。语气取决于很多东西，包括词语和措辞的选择，以及使用或避免使用缩约词、口语、幽默以及术语的决定。我说"术语"并不是指法律原则的名字，司法意见很难避免它们。我所指的是措辞的倾向，通常是古体用语或简略的表达方法，这些只有律师使用而其他作者会

[48] 例如，Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791, 2861 (1992)（反对意见）；Rust v. Sullivan, 500 U. S. 173, 216 (1991)（反对意见）；City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 462 U.S. 416, 420 n. [1] (1983)；Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 312 (1980)。正文中提到的当然是罗依诉韦德案，410 U.S. 113 (1973)。

[49] George Orwell, "Politics and the English Language," in *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, vol.4, p.127, 134 (Sonia Orwell and Ian Angus eds. 1968).

避免使用。[50] 律师们显然也可以避免这些用法，因为，如果不是这样的话，这些用法就不会标志着一种风格；风格是可以选择的。这些用法给法律散文打上了法律行话的烙印，让法律写作具有了一种圈内、“专业的”语气。一种使用“前述的”（aforesaid）并用“一个”（one）代替一个人的名字（“一个证人，一个琼斯，作证说……”）的旧法律行话的消失，让现代法官错误地以为自己的意见就不再受行话之累了。

短小的句子和句子片断、尽量少用修饰语及插入句以及简单和简短，都倾向于“降低”一篇作品的语气，让它更像口语。但是，倾向于这个词暗示的限制很重要。去掉所有的修饰语可能会使一篇作品具有一种非个人化、官僚、因而是正式的口吻。简短可能导致一种玄妙、教条、强制、从而又是正式的语气。一系列短句在一起可以产生慷慨激昂的长篇演说的印象。

避免使用标题和小标题，当然还有避免使用脚注，这有着一种调低的效果，因为它们是学者附加给平常讲话的——没有人在说话时加脚注和标题。使用并列的（同等的）句子结构，其中从句之间使用“但是”和“并且”进行连接，这也降低语气，而使用像“尽管”这样的从属或让步连词来有等级地安排句子会提高语气。对首字母缩拼词的偏好会使一篇作品看起来技术性非常强，从而提高语气；对日常口语的喜爱会降低语气。语气会因优雅而提升，因真诚

---

[50] 比如用作介词的“缺失的”（absent），“暗示”（implicate）（用来指同……相关或者包含，比如“正当程序条款包含着隐私的考虑”），“界限”（ambit），“制冷效应”（chilling effect）（用来描述对演说的规制会在思想和观点的市场上产生的效果），“基于……的”（比如在“基于自主权的理由”当中），“保护令状”（habeas）（指人身保护令状），用“眼下的”（instant）案件表示“现在的”（present）案件，“建构”（construction）（意指解释），用“表面地”（facially）代表“在它的表面上”（on its face），用“弹劾”（impeach）指“驳斥”（contradict），“甚至我们有”（even had we）（用来指“即使我们有”[even if we had]），“命令”（mandate）（用作动词，指命令或要求），“支流”（prong）（用来指一个考虑多个因素的标准中的一个因素），以及——当然了——“后裔”。

或脱口而出（或者假装是这样）而降低，勃鲁托斯和安东尼葬礼演说之间的对比例证了这一点。奇怪的是，偏爱并非法律艺术用语的罕见词可以提升语气，因为它可能使一篇意见看起来华丽高深，但是它也同样可以降低语气，因为它可能使这篇意见看起来恣意、甚至轻佻。个人化会降低，非个人化会提高（尽管有后面提到的重要限制）。确信会提升；疑虑和迟疑会降低，但是过分的限制也会提升。把一篇意见设计成一个故事、一场辩论或者一次探险会降低；把它设计成彻头彻尾的教条阐述，或者设计成一次逻辑证明，会提升。

使用提高和降低这种高度上的比喻可能会引人误解。一般来说，像霍姆斯这样用我所称的“低”风格写作的法官是同高雅文化很亲近的法官，他们对自己的风格十分挑剔，是写作和思想上的贵族，甚至是司法上的科里奥兰纳斯（Coriolanuses）。* 所以让我换一种比喻，借用罗伯特·潘·沃伦（Robert Penn Warren）的“纯粹”和“不纯粹”诗歌之区分。[51]在他写作时，最著名的现代诗人，比如叶芝和艾略特，正在有意识地反叛19世纪浪漫主义、特别是维多利亚时代诗歌所特有的风格。例如，丁尼生（Tennyson）的诗歌非常的精致、“正确”、典雅、铿锵有力——别忘了，他是维多利亚英国的桂冠诗人。他在自己的诗中避开“低的”主题和用语，支持传统价值，用传统方式表达传统的情感，自觉地做到“诗情画意”和“崇高”。这一切努力的结果是，他的作品中缺少风味和质感，缺少一种对话的直接性。沃伦解释说：“纯粹的诗试图在不同程度上刻板地排除某些可能限制或抵触其最初冲动的因素，以此来达到纯粹。换句话说，纯粹的诗不顾一切地想要变得天衣无缝”（页16）。

288

丁尼生是一位伟大的诗人，但是我们仍然可能更喜欢“更为粗

---

* 科里奥兰纳斯是莎士比亚所著历史悲剧中一人物。——译者

[51] Warren, “Pure and Impure Poetry,” 载于他的 *Selected Essays* 3 (1958).

犷的”诗歌风格，这种风格更加具体、更加个人化、更直率、更机智、更聪明并且更像戏剧或对话；这种风格能够记录更广泛的感情和主题，使用更多样化的措辞；这种风格更加接近日常生活的风格（甚至更加接近于散文）。它是莎士比亚的风格，[52]是多恩和其他玄学派诗人的风格，是拜伦的风格，是现代诗人中T·S·艾略特（尽管艾略特同与丁尼生同时代的罗伯特·勃朗宁［Robert Browning］有明显的类似之处）、华莱士·斯蒂文斯、1910年左右以后的叶芝、奥登、菲利普·拉金（Philip Larkin）以及其他很多人的风格。沃伦说到过“抵制”，说到过“诗歌节奏同口语节奏之间的张力……；节奏的形式性同语言的非正式性之间的张力；具体同一般、具象同抽象之间的张力；……美与丑之间的张力；思想之间的张力”（页27）。其他的新批评论者说到过讽刺、矛盾、复杂、一词多义、含糊不清、具体的普遍性。

我想没有人会认为莎士比亚、甚或艾略特要次于丁尼生。他们只是不同而已。并且这种区别在司法意见当中也有呼应。大多数司289法意见都是精心写就的，强调它们的措辞同普通言语之间的区别，而像莎士比亚、拜伦和艾略特这样的诗人喜欢模糊的恰恰是这种区别。但是，任何细心的读者，即使在考虑了19世纪同今天在语言传统方面的区别之后，都不会不注意到以霍姆斯和勒尼德·汉德的风格写作的法官所具有的那种个人化、直接和对话式的语气——它们同一般司法意见的语气是如此地不同。

使用纯粹风格的司法意见倾向于长于它必要的长度，庄严、远离对话的口气，并且可预测，在严格遵守专业人士在结构和风格方面对司法意见的预期的意义上，这些意见是可预测的。如果我们有桂冠法官，那么这就是他或她应该写作的方式。标准的“纯粹”司法意见

［52］莎士比亚的“对话是同生活进行的”。Samuel Johnson, “Preface to the Plays of William Shakespeare,” in *Samuel Johnson's Literary Criticism* 139, 143 (R. D. Stock ed. 1974).

会使用没有翻译成日常英语的技术性法律语汇,大量引用在先的司法意见,包含很多有关名称、时间和地点的不必要细节,小心翼翼地遵守所有当时有效的引用格式,避免任何轻浮的写法,隐藏作者的个性,更喜欢套话而不是新鲜事物,并且接受现行的政治正确规范(这对应着维多利亚人为之声名狼藉的那些委婉措辞)而不管不自然表达方式的代价有多大。纯粹风格非常常见,以至于它的实践者和它所意图的律师受众已经对它视而不见。但它根本就不是一种平白或透明的风格。它的不自然之处可以通过对比非律师者处理类似问题时的作品显露出来,例如,对比一个就意图问题写作的哲学家与一位在刑事案件中就意图问题写作的法官,或者对比菲利普·罗斯对有关隐私权普通法的描写与一件隐私权案件中的司法意见。

不纯粹的文体家喜欢假装自己写司法意见时所做的事情就是向由外行人组成的假定受众解释这个案子为什么会这样判决。这些法官避开了所谓的"绕不开的修辞"。[53]他们更喜欢更大胆的进路(对批评者来说是厚脸皮进路),即努力说服,而不是用意图威压的风格。他们好像是为了耳朵而不是为了眼睛而写作,并且避免大段引用在先判决,这样他们可以用自己的舌头说话——让它新奇,让它新鲜。(避免现成的东西是"机智"的一个重要因素,也是艾略特钦佩玄学派诗人的一个重要原因。)他们喜欢待人真诚,不喜欢假装比自己实际知道的更多,也不喜欢比自己感觉到的更为自信。他们避免不必要的细节,不论堆砌这些细节会多么惹眼,他们也躲避陈词滥调。他们模仿思维的运动过程——不友好的批评者把他们的风格称作"意识流"。就像沃伦说的现代派诗人那样,司法上的不纯粹者"在他们天赋限度内努力忠实于自己处理的问题所具有的

[53] Robert A. Ferguson, "The Judicial Opinion as Literary Genre," 2 *Yale Journal of Law and the Humanities* 201, 213 - 216 (1990). 也请看 Pierre Bourdieu, "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field," 38 *Hastings Law Journal* 805, 820 (1987).

复杂性……他们拒绝把轻易的陈述当作解决办法”（页30－31）。

290 矛盾的是，不纯粹者一般要比纯粹者在风格上付出的努力更大；因为，除非我们是特别有天赋的作家，那么我们要进行很大的努力才能使一篇意见看起来好像信手拈来的一样！[54]纯粹的风格尽管是不自然的，但是对于受过法律训练的人来讲却要比不纯粹的风格来得容易。因为，法学院和法律执业无意识地——而且也因此更为有效地——教给所有人的东西之一就是，要忘记自己在变成律师前是怎样写作的。

“声音”是同“耳朵”相联系的。风格的选择受到法官所针对的受众性质的影响。对很多法官来讲，这个受众是由其意见正被审查的下级法院法官以及当事方律师组成的；所有其他人都只是有权的偷听者。这个受众是上诉法院意见的最有知识、最感兴趣的专业消费者。作为完全的内部人员，他们擅长阅读纯粹的司法意见（包括听出弦外之音）。作者想要说服他们，法院在得出结论时已经仔细考虑了该案的所有关节点，并且没有背离律师和下级法院法官认为的典型意义上的“法律”——没有做什么出人意料的事情。对于这一修辞目的来讲，纯粹的风格是最佳的；因为这个微小、全神贯注、同质的专业受众对一篇司法意见的适当措辞和规范有着确定的预期。在风格谱系的另外一端，最大胆的不纯粹文体家所针对的主要受众不是由法律内行组成的，而是由那些能够“看穿”司法机构自命不凡的诡计的外行人和律师组成。[55]在他们中间能够找到霍

---

〔54〕一位英国观察者说起“霍姆斯的风格倾向于不证明、不强调、不经意、甚至有些漫不经心，”他论证说，霍姆斯的风格例证了“奥维德（Ovid）的格言 *ars est celare artum*——艺术就是要把艺术隐蔽起来。”Neil Duxbury, “When Trying Is Failing: Holmes's ‘Englishness’” 7（1996年11月，即将发表于 *Brooklyn Law Review*）。

〔55〕Willard Hurst, “Who Is the ‘Great’ Appellate Judge?” in *The Writing of Judicial Biography – A Symposium*, 24 *Indiana Law Journal* 363, 394, 398（1949）。评论说霍姆斯“对司法的矫饰不尊敬”——这是霍姆斯司法意见的一个突出特征。

姆斯说自己为之写作司法意见的那种“千里挑一”的人物。因为千分之一要大于一个单独案件中的律师和下级法院法官总的数量，所以不纯粹的司法文体家可能会比纯粹的司法文体家有着更大的受众群，就像莎士比亚要比丁尼生的受众更多一样。

倾向于纯粹风格的例证包括下面这些人的司法意见：卡多佐、勃兰戴斯(特别是他的多数意见)、弗兰克福特、布伦南(Brennan)以及第二个哈伦(Harlan)，还有法律助理所写的绝大多数意见——这意味着今天所有美国法院中的大多数意见。在不纯粹的一边可以发现霍姆斯、道格拉斯(Douglas)、布莱克(Black)、杰克逊和勒尼德·汉德所写的大多数意见。[56] 我把道格拉斯包括其中应该很清楚地表明，不纯粹的司法意见并不总是优于纯粹的司法意见，就像并非所有不纯粹的诗歌都要优于纯粹的诗歌一样。卡多佐主要是个纯粹主义者，但他也是我们历史上最好的司法作者之一。

291

这两种风格同两种法理学的立场相关，即形式主义和实用主义的法理学立场，但是这种相关并不是绝对的。前者强调法律推理中的逻辑的、客观的以及受约束的特征。形式主义者认为，司法意见的功能就是要证明判决是正确、真实的。实用主义者尽管并不怀疑正误和真假在多种“语言游戏”中都扮演着有益的角色，但他们怀疑它们在极其难以权衡的案件判决中会扮演这种角色。实用主义者认为，在判决这样的案子时，法官是在努力按照具体情况得出最为合理的结果，尽管仍然会对系统性的约束有着适当的尊重，比如需要同在先的判例维持连贯性，也会尊重宪法和制定法文本的语言和可辨别的目的对解释者施加的限制。

在抱怨纯粹风格的“非个人化”时，我的风险是，人们可能会

[56] 不要被汉德的一些(不是全部，甚至也不是大多数)的散文所具有的华丽的特征所蒙蔽。它反映了他所成长的文化。他出生于1872年。在对我们的视角作出类似的调整之后，约翰·马歇尔的风格也可以被看作是不纯粹风格的重要例子。

认为我支持浪漫主义和维多利亚时代诗歌中的那种受现代主义者抨击的感情丰富、多愁善感和自我主义的特征。现代司法界中首要的感伤主义者——可能也是首要的自我主义者——就是哈里·布莱克门（Harry Blackmun）大法官，他没有试图掩藏或者，更重要地，也没有试图限制到达最高法院的很多案件在他心里激发的强烈感情；他看起来（不但在他的司法意见中，而且也在他对最高法院所作的公开评论之中）是在坚持"让所有的东西都展示在外"。尽管他在这些案件中的意见背离了我同"纯粹"风格相联系的那些专业规范、并且肯定不缺乏"声音"，但是这种背离并不是朝着多恩和艾略特方向的背离。相反，这种声音是乔伊斯·基尔默（Joyce Kilmer）*和诺曼·罗克韦尔（Norman Rockwell）**的声音。不论布莱克门在类似人工流产、死刑、两性平等、棒球豁免反垄断法限制、或者各州有保护人民不受家庭暴力侵犯的职责这种问题上的立场有什么优劣，他表达自己在这些问题上的真诚观点的那些意见都让人感到尴尬，这恰恰是因为这些观点的表达毫无遮拦。这些观点伤感（德沙尼案[57]）、夸张（韦伯斯特案[58]）、无推理（罗依诉韦德

292

* 基尔默，乔伊斯，1886－1918，美国诗人，第一次世界大战中阵亡于法国战场，他最有名的作品是《树林》（1913年）——译者

** 罗克韦尔，诺曼，1894－1978，美国插图画家，他的绘画表现了对理想化的美国人日常生活的怀恋。——译者

〔57〕"可怜的约书亚！" DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189, 213（1989）（反对意见）."可怜的约书亚！"是个人化－非个人化谱系中与考克斯广播案中"没有活过那个事件"相对的另外一端。法官们应当可以避免官僚的委婉措施，而不必屈服于不稳定的伤感。

〔58〕 Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490, 538, 560（1989）（附和并反对意见）："我为未来感到恐惧。我为罗依案判决16年以来生活、长大成人的成千上万妇女的自由和平等感到恐惧……对今天来说，至少人工流产的法律还没有被干扰。对今天来说，这个国家的妇女仍然保有控制自己命运的自由。但是，征兆很明显，并且非常不好，并且寒风已经刮起。"他的恐惧后来证明是没有根据的。

案[59]、加林斯案[60])、自恋(凯西案[61])、半瓶醋(罗依案中关于从古代波斯开始的堕胎历史，以及在弗拉德诉库恩案 [*Flood v. Kuhn*][62]中对棒球的赞颂)，或者不必要的不雅行为(迈克尔·M案[63])。

293

自恋的风格尽管在其他方面同纯粹的风格不同，但在向内取向方面有着类似之处——尽管是对法官来讲是向内，而不是对专业文化的内向。不纯粹的风格指向外部，指向那个文化之外的世界。塞缪尔·约翰逊把像莎士比亚这样基于生活写作的诗人同基于前人所作的生活图画写作的次要诗人进行了对比：

> 前者的情感和描述直接取自知识。类似之处所以是正确的；他们的描述被每一双眼睛确认，并且他们的情感被每一颗心灵承认 那些受他们的声望吸引从事同样研究的人，部分地抄袭他们，部分地抄袭自然，直到一个时代的书籍取得了如此的权威，以至于取代了自然的地位；而且，在模仿时每次偏离一小点，最终就变得反复无常和漫不经心。莎士比亚，不管他的主题是生活还是自然，都直白地表明他已经亲眼看过；他给出的

〔59〕 关于这个意见在逻辑上的笨拙，请看我的书 *Sex and Reason* 337 (1992)。

〔60〕 Callins v. Collins, 114 S. Ct. 1127, 1128 (1994) (反对意见). 就像斯卡利亚(Scalia)大法官指出的，布莱克门大法官认为无法合宪地执行死刑的观点，是基于最高法院判例中存在不相容的序列——并且法院可以通过在这些序列之间作出选择而消除这种前后不一致。同上书，页 1127 – 1128 (附和意见)。

〔61〕 "当四位法官焦急地等待消灭光线所需要的那一票的时候，我为那之后的黑暗感到恐惧……我已经 83 岁了，我无法永远呆在本院，而当我下台的时候，确认继承我位置的法官的听证程序很可能会集中于我们今天所面对的问题。" Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791, 2844, 2854 – 2855 (1992). 又是错的。

〔62〕 407 U.S. 258, 260 – 264 (1972).

〔63〕 请看布莱克门在 Michael M. v. Superior Court, 450 U.S. 464, 483 注★ (1981) 的附和意见中对一个法定强奸案的庭审记录的多处引用，这些引用是无关的，并且在很多地方是淫秽的。

> 形象是他自己接收的，没有因其他大脑的干涉而削弱或扭曲；无知者觉得他的表述是公正的，而有学问的人认为他的表述是完整的。[64]

像大多数诗人一样，大多数法官都“复制”他们前辈的作品。他们一点点地增加不断膨胀的司法意见文献，现在数量已经达到了数以百万计。一些法官，尽管并不是不注意这些文献所施加的限制和提供的资源，但是却向外看法律调整的行为世界，看法律的思想和价值之最终来源的思想世界；他们试图使自己的意见符合这个外部世界，并且他们需要一种适合外部世界的风格，而不仅仅是适合某种与世隔绝的专业讨论的风格。

我们承认，立场并不能从风格中自动地推论出来。每一篇作品都既有一个暗含作者也有一个真正作者，而且两者常常不同，有时甚至不同得让人震惊（在布莱克门的情况中却看起来让人震惊地类似）。[65] 把霍姆斯通信同他的司法意见进行对比，或者把勒尼德·汉德的会前备忘录同他的意见进行对比，会表明这些法官在自己司法意见中的语调比他们在私人写作中的语气更为高尚、更为正式、更为“成熟”。如果不纯粹的风格变得流行（这可能是因为实用主义已经成为正统法理学），那么形式主义的法官可能会使用不纯粹的风格。一些非形式主义的法官可能会使用纯粹风格，伪装成形式主义者。甚至还可能存在这样的形式主义法官，他们使用不纯粹风格的原因是，他们那种形式主义并不正统。对风格的选择所可靠传递的所有信息只是一位法官关于什么才是自己应具备的良好品格的观点。

---

〔64〕 Johnson，上注〔52〕，页163。我调整了这个段落中的拼写和标点。

〔65〕 德莎尼案反对意见中迸发而出的“可怜的约书亚！”并不是一段经过预先算计的修辞；这是布莱克门在该案进行口头辩论时脱口而出的。

我们采用司法写作风格的原因可能独立于我们的法理学立场——采用一种风格的原因可能是我们不会以任何其他风格写作，或是出于我们的美学原则，或是因为某种特定的风格正在流行——那么司法写作的风格是否能够影响内容呢？我认为可以。尽管人们可能用实用主义的辞藻向自己阐述一个立场，然后再用形式主义把它包装起来，就像卡多佐看起来在他扩大产品责任的著名判决麦克弗森诉别克汽车公司案（*MacPherson v. Buick Motor Co.*）[66]中所做的那样，但是这种做法也存在着一个危险，即这种包装会使作者和读者更难抓住关键问题。纯粹的风格是思考的镇痛剂。不纯粹的风格迫使（好吧，邀请）作者深挖到自己解释和适用的原则的字面表述之下。在那里，他可能只会找到自己的感情，但是，如果他幸运的话，他可能会发现法律深深的源泉。

不仅如此，在思考一个案子时，一位法官可能会得出一个确定的结论；但是当他试图写一篇意见来论证它时，他会发现这个结论站不住脚。我们不是只使用词语进行思考，并且肯定不是完全使用句子和段落进行思考。无言的甚至无意识的感觉和印象充斥着我们思考问题时形成的句子片断。这种不完全地语词化了的思考可以具有深刻的洞察力，但它也可能是混乱的，以至于当我们试图把它组织成句子和段落时，我们可能会发现自己自信的结论是错误的；它"写不出来"。语言不仅仅是交流的媒介，它也是思考的工具；并且我们常常需要"在纸面上思考"才能把语言资源完全应用到一个问题上面。[67]写作也会促进一定程度的批评的超然：在阅读自己写的东西时，作者可能会考虑读者会作出怎样的反应，甚至也必须写作

---

〔66〕 111 N.E. 1050（纽约州，1916年）。请看 Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* 9–25 (1949); Richard A. Posner, *Cardozo: A Study in Reputation* 108 (1990).

〔67〕 Peter Carruthers, *Language, Thought and Consciousness: An Essay in Philosophical Psychology* 51–52 (1996).

才能把深层次的直觉表现出来。很多作者都有这样的经历，他们只在一般意义上知道自己要写的东西，直到他们开始动笔。在下意识同钢笔之间不知怎地建立了一种联系，而从不写作的法官无法感觉到这种联系。并不仅仅只有诗人写得要比自己知道的更好。

有一种法官认为，影响司法决定的因素要超出形式主义法律思维所使用的经典材料，这些法官会发现，纯粹的风格很束缚人，因为它不是被设计用来表达那些因素的。对于一位不纯粹的诗人来讲，“人类体验中没有什么东西可以被立法限制在诗歌之外”。[68]用“法律”代替上面这句话中的“诗歌”，我们就得到了不纯粹司法文体家的信条，它表达于勒尼德·汉德的一篇意见当中，这个案子中的争点是，退伍军人再就业法律是否让退伍回来的老兵比同一工作类别中没参过军的人有更高的资历。说服汉德和他的同事认为答案是“否”的那些因素中包括

> 如果我们考虑该法案通过时的情况——1940年9月——那么国会不可能需要比我们正在测度的特权还要广泛的特权。整个国家确实已经因为毫无防备的情况变得极为不安，而且已经着手做准备；但是它还没有处在战争状态，而且仍然没有决定到底是否会进行战争。如果我们回到那个夏秋季节，我们就会记起，两党的总统竞选都避免触及这个问题，而且每一个候选人都特别坚持说不会派军队到海外去。最初的法案把服役期限限制在一年，并且在那一段时间内我们完全不可能在自己的土地上进行战争；而且，后来事实的发展证明，直到1941年9月我们仍然处于和平状态。国会征募年轻人入伍，让他们为保卫家园做适当的准备，但是没有警告他们后来将要遭受的可怕经历。在这种背景下，如果建议给未婚者以工业上的优先权，而

[68] Warren，上注[51]，页26。

不管他们受雇时间的长短，那么这种建议不大可能被接受。[69]

“重新构建……先法的目的，而它使用的是［争议条款］使用的词语，”[70] 这种努力同推理中明显的“法律”方法毫无关系，并且，使用为表达那种方法所设计的风格来表述会遇到很大困难。

两种文化

我强调了一种司法写作进路的重要性，这种进路表现了对人类状态的复杂性以及对除作者自身之外的视角的清醒认识，这使我看起来好像支持了那些反对把经济学适用于法律的批评者，比如彼得·迪彻奥特（Peter Teachout）。他认为，经济学语言因苍白而缺乏情感，因追求科学的精确而扭曲了人类现实并且消除了其他视角。法律经济学进路“拿起一种在一定程度上已经经过了道德整合的、继承下来的文化修辞，然后把它放在激进市场理论的瓦解性压力之下。”[71]他用我关于伯德诉霍尔布鲁克案（*Bird v. Holbrook*）[72]的文章例证了这个观点，这个案子是由一位年轻男子提起的赔偿诉讼，他在一个失窃昂贵郁金香的花园里被弹簧枪打成重伤。花园的主人认为窃贼会回来偷更多的花，所以设下了弹簧枪，并且没有贴警告 296

---

〔69〕 Fishgold v. Sullivan Drydock & Repair Corp., 154 F.2d 785, 788－789（第2联邦上诉法院），维持于 328 U.S. 275（1946）.

〔70〕 同上，页 789。

〔71〕 Peter Read Teachout, “Worlds beyond Theory: Toward the Expression of an Integrative Ethic for Self and Culture,” 83 *Michigan Law Review* 849, 881（1985）. 关于类似的批评，请看 James Boyd White, “Economics and Law: Two Cultures in Tension,” 54 *Tennessee Law Review* 161（1987）; Margaret Jane Radin, *Contested Commodities* 83－93（1996）.

〔72〕 4 Bing. 628, 130 Eng. Rep. 911（C.P. 1828）.

标志，因为他想要打伤窃花贼。但是受伤的男子并不是窃贼；他到花园里是为了找回一只走失的雌孔雀。他告了园主并且赢了官司。我说“这个案子包含着两种合法活动，培育郁金香和饲养孔雀，而这两者却发生了冲突，”[73]迪彻奥特攻击我上面的话说“他完全贯注于效率问题——这种贯注是由他所采用的那种语言的最深层结构所要求的——[波斯纳]实际上是在踩着那个受了重伤的年轻男子的身体前进。”[74]但是，难道研究者不应该有权根据自己的研究对象选择进路吗？研究者就一定应该强迫使用所有可能的进路吗？如果经济学进路在应用于一个特定法律问题时，因为没有考虑到所有因素而显出了不足之处，那么其他学者可以提醒学术共同体注意这些被忽视的因素。

不管怎样，认为研究侵权法的经济学进路让我们对人类的苦难不再敏感，这个观点既在整体上不可靠，而且就弹簧枪而言也不可靠。迪彻奥特批评的那篇文章赞同伯德诉霍尔布鲁克案的结果，摒弃了允许警察杀死在逃重案犯的古老普通法规则，并且警告不应完全依赖侵权法调整弹簧枪和其他陷阱的使用。在其他地方，法律经济分析学家提出了一个命题，即在一些情况下人类生命的价值是无穷大的，[75]而迪彻奥特会非常喜欢这个命题。经济学的理论和用词中都没有任何东西一定要让经济学家或有经济头脑的法律人对生命和死亡的问题视而不见，实际上这些问题在法律的经济分析中

[73] Posner, "Killing or Wounding to Protect a Property Interest," 14 *Journal of Law and Economics* 201, 209 (1971).

[74] Teachout，上注[71]，页 882。

[75] 请看拙作 *Economic Analysis of Law* 197, 199 – 200 (4th ed. 1992).

很重要。[76]一篇经济分析的作品不会像多恩的诗歌或者莎士比亚的戏剧那样具有丰富的质地，但我们不应该把冷静同无情混淆起来。一篇医学论文不会仅仅因为它未对病人表现出眼泪涟涟的同情、或者未对病人表现任何同情，就被认为是麻木不仁或者具有“瓦解性”。

297

词语的选择可能产生政治和社会后果，并且贫困的词汇可能让思想变得贫困，[77]但是，就像玛格丽特·拉丁（Margaret Radin）的一篇在其他方面都重复迪彻奥特对用经济学词汇描述人类行为的攻击的文章中承认的，基于语言影响思想、并且通过思想影响行为这一观点，把语言重构为一种行为方式，这会招致对语言的审查。[78]一些女权主义者试图强制人们采用一种无性词汇就是努力采取审查制度，其论据就是，语言能塑造有关妇女的思想、并且通过塑造思想进一步塑造关于妇女的行为。

对语言效果进行研究所得到的教训就是，我们需要丰富人类的交流资源——不要因为谈话的风格看起来铁石心肠或偏狭就不加辨别地拒绝它们。“新话”（Newspeak）*（奥威尔在《一九八四》中对基本英语［Basic English］的戏仿）是虚假的或者简化的语言，这一点并不像它是“大洋国”统治者允许人民使用的惟一一种语言这一点那么重要。不但如此，把经济学语言等同于新话的做法误解了经济学这种科学语言的目的：它不是要隐藏让人不快的事实，而是

［76］请看，同上，页199－200（意外致死案件中的赔偿），页221（谋杀），页240（正当防卫杀人），页241（过失杀人），页374（对救命药物的规制）；也请看 Tomas J. Philipson 和 Richard A. Posner, *Private Choices and Public Health: The AIDS Epidemic in an Economic Perspective* (1993).

［77］Richard A. Posner, *The Economics of Justice* 44－47 (1981); Posner，上注［1］，页321。

［78］Margaret Jane Radin, "Market－Inalienability," 100 *Harvard Law Review* 1849, 1882－1887 (1987). 也请看 Radin，上注［71］，第12章。

* 一种指东说西、模棱两可的官腔。——译者

要达到分析的精确。数学家们谈论数字而不是实物，其目的不是为了掩藏数学理论的社会或政治后果。不断数学化的经济学语言在很大程度上是由定义组成的，它能够使我们以精确的词汇对经济现象进行模型化。外行人的“成本”对这个目的来说过于模糊；经济学家的“机会成本、”“长期边际成本”以及“平均总成本”是精确的。相反，官僚的、没有个性的法律散文，就像考克斯广播案所显示的，可能会给没有受过专业训练的人以一种精确的印象，但其目的或效果通常是混淆和迷惑。

当然，概念化的工作确实包含着从真实、可观察的物体进行抽象的行为。例如，经济学中“边际成本”这个概念并没有记录在任何公司的账本上；它是经济学家的发明。但是，这个概念的目的是改善对商业行为的理解，而不是要掩盖令人不快的事实。研究人类行为的经济学进路实际上坚持坚定的现实主义，而新批评论指责一些浪漫主义诗歌试图逃避现实主义。经济学对于人类状态的视野是一个“受约束的视野，”这同浪漫主义的“无拘无束的视野”形成了对比。[79]经济学坚持认为自我利益以及激励机制是人类行为中的重要驱动力，还坚持认为在稀缺的世界中万事皆有成本（就像经济学家喜欢说的，世界上没有免费的午餐），以及与之相伴随的对于乌托邦项目的怀疑，这都反映了一种人类能力有限的感觉，也反映了明显缺少浪漫的振奋。这就是浪漫主义继承人反感经济学的原因——即它在政治领域内摒弃了浪漫主义，这也是为什么像奥登这样的反浪漫主义论者应该对它感到不谋而合，我在下面引用的是他《摇篮曲》的第一个诗节：

> 放下你睡思昏沉的头，我的爱，
> 人类在我不可靠的臂弯：

[79] Thomas Sowell, *A Conflict of Visions* (1987).

时光和激情燃尽
独特的美出自
深思的孩子，坟墓
证明孩子生命的短促：
且让生灵躺在我的
臂弯里直到时日中断，
必死的，有罪的，于我
都有彻骨的美丽。

同奥登式的经济学反浪漫主义相一致，家庭行为经济学正在被女权主义者用来揭开家庭和家务的神秘面纱，并且把妇女的福利放在比丈夫的爱情更加坚实的基础之上。[80]

表达经济学理论所使用的词语和（更多地）数学公式是使理论尽可能清晰的工具，我们应该据此来评价它们，而不是根据它们是否符合有着其他目的的表达形式来评价。我也越来越担心，尽管用数学模型来表达经济学理论是分析复杂现象所必须的，并且在迫使经济学理论家表明自己的假定方面也具有无可估量的价值；但是，对于很多经济学家来讲，数学化本身正在成为一个目的。使用外行人不能理解的、过于专业化的表述，这种倾向是一种典型的专业畸形，其例子就是在文学研究中受欧洲哲学家的启发而使用丑陋、深

---

[80] 请看，例如，Katharine Silbaugh, "Turning Labor into Love: Housework and the Law," 91 *Northwestern University Law Review* 1 (1996)；Ann Laquer Estin, "Love and Obligation: Family Law and the Romance of Economics," 36 *William and Mary Law Review* 989 (1995)；Nancy C. Staudt, "Taxing Housework," 84 *Georgetown Law Journal* 1571 (1996)；Elizabeth S. Scott, "Rational Decisionmaking about Marriage and Divorce," 76 *Virginia Law Review* 9 (1990).

奥、炫耀的词汇。[81]而且，通过提供一种可以用以分析任何社会实践的科学语汇和概念结构，经济学也确实促进了对于无法思考的事物的思考。但所有这些只意味着，尽管新话缩小了思想的范围，经济学语言却扩大了它。[82]

299 尽管迪彻奥特批评我使用经济学语言讨论弹簧枪以及其他生命和死亡的问题，但是他并没有说明什么是讨论这些问题的更好方法。而且，在他的导师詹姆斯·伯艾德·怀特关于法律同文学关系的众多著作中，你也同样找不到任何关于改善法律处理敏感问题的方式的建议，除了劝告法官和律师要更加敏感、坦白、感同身受、想像丰富和具有人性。告诉人们说"律师使用和改造的语言是最完全意义上的含义之语言"，或者司法意见"可以更精确和更丰富地理解，如果它不被视为目的—手段理性的官僚化的表达［即使用经济学语言］，而是被视为一个单独头脑或者一组单独头脑在行使尽己所能判决一个案件以及确定这在文化语言中的含义的职责时所作的陈述的话"，这些都有什么用处呢？[83]更丰富的理解（请注意对经济学的隐含影射！）这一许诺仍然没有兑现。显然，怀特对他认为经济学引导法律所去的方向感到不高兴；但是，如果说法官不要按照经济学指引的方向前进，而要"尽己所能判决一个案件"，那么这就是在回避问题。讨厌理论[84]并不是理论。

如果说怀特有关"目的—手段理性"的语言过于严厉，那么他

---

〔81〕 对此的批评，请看 Louis Menand, "How to Make a Ph. D. Matter," *New York Times Magazine*, Sept. 22, 1996, p. 78; Wendell V. Harris, *Literary Meaning: Reclaiming the Study of Literature*, ch. 9 (1996) ("Publishing the [Highly] Perishable").

〔82〕 Robert Timothy Reagan, "Judge Posner's Formula for Preliminary Injunctions: Physics Envy or a Different Voice?" *San Francisco Barrister*, Dec. 1995, p. 2.

〔83〕 James Boyd White, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law* 36, 41 (1985).

〔84〕 请看 White, "Judicial Criticism," 20 *Georgia Law Review* 835, 843–845 (1986).

对传统法律修辞就过于柔风细雨了。柏拉图对话集《高吉亚斯》讨论的是古雅典这个特别好诉[85]的社会中的诉讼者（及其受雇写作法庭辩论稿的作者——它们是现代诉讼律师的先驱）使用的修辞。柏拉图穷凶极恶地批判了这种修辞，他把所有的坏事都归咎于它，包括宣告苏格拉底有罪这件事。怀特针对柏拉图的批评为律师辩护："律师的任务并不是使用所有唾手可得的文化手段进行简单的说服，而是要说服法官或陪审团，在由这些事实或这些证据以及由这一系列制定法和意见和理解所定义的文化状态中，这样或那样的结果才是最好的行为方式……［律师］对法官或陪审团讲话时，法官和陪审团并不是由他们的个人兴趣、激情和偏见定义的，而是由他们的角色定义的，这种角色就是要实施正义。"[86]柏拉图所攻击的法庭演讲是针对一个"裁判所"（一个陪审团，有时由几百人组成）的演讲，它在理解力和感情方面并不特别优于《裘力斯·恺撒》中的罗马暴民。现代口头辩论或司法意见的受众更具有思考力。但是，"正义"这个概念的定义是如此不充分，以至于有很多地方可以诉诸"个人兴趣、激情和偏见，"特别是在陪审团审判中就更是如此；所以现代法律修辞仍然是感情化的东西，并且对于一心向上的律师来说，怀特的建议并不好。

怀特没有证明传统法律修辞在总体上是一种比经济学语言和概念更为理性甚或更为文明的表达方式。但那仅仅是在总体上，而不是在每一个个案中都如此。委婉的措辞在法律中有其位置。在刑法表述方式中，"不科学的"自由意志语言具有有效的伦理目的，即把罪犯同其他危险物品区别开来，比如动物和雪崩；而且，这样做还可以阻碍随便地、不假思索地援引危险性概念作为严苛执法方法

300

[85] 请看 S. C. Todd, *The Shape of Athenian Law* 147－153 (1993).

[86] James Boyd White, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community* 270 (1984).

的根据。像人的尊严这样对于经济学家的科学目标来讲过于模糊的概念，在我们称之为法律的语言游戏中却有着重要的功能。但是，从来没有经济学家或有经济学头脑的法律人支持用经济学词汇全面代替法律词汇。即使法律可以完全用经济学词语进行模型化和理解，这也不能推出法律的命令就应该用那些词语表达。

詹姆斯·伯艾德·怀特和法律与文学运动的其他参加者（例如罗宾·韦斯特）对法律经济分析的攻击提出了一个问题，即这两个进路能否共生。如果不能共生的话，如果法律职业（包括其学术分支）必须在两者之间作出选择的话，那么选择的将会是法律与经济学运动，因为它会给这个职业提供更多的东西。它不但提供了一种思考重要法律部门中十分突出的经济学问题的不可或缺的方法，比如反垄断法、救济法、公司和证券法、退休法、环境法、劳动与雇佣法、公共事业管制、公共设施管理、破产法、税法、国际贸易法、立法程序、律师费的判定以及商法；它也提供了一个框架，可以用来理解和改善一些看起来同经济学没有多大关系的法律领域，比如侵权法、财产法、合同法、刑法、信托法和程序法。经济学概念和法律概念的同构性使后者可以映射到前者上面（例如，疏忽大意到次优防备，财产权到成本内在化，决定和解还是继续诉讼到不确定情况下的决定），这会为表面上看起来一团混沌的美国法律原则创造一个概念架构。文学（不论是虚构文学作品本身还是为这些作品发展的那些理论）同法律之间并不存在类似的同构性。著作权和诽谤——后者只是在非常有限的程度上——基本上只有这两个法律领域调整文学，而很多的法律领域都调整经济关系和经济活动，当对“经济”像现代经济学家那样予以宽泛解释时就更是如此。

301

法律与文学运动同法律与经济学运动之间有一些互补性。我们在第2章中看到，对复仇的经济学分析可以帮助我们解释复仇文学作品，而且我们在上一章中看到，关于著作权的经济学理论可以帮助我们为文学作品著作权设计一套最佳制度。我甚至用“成本”这

个词讨论奥德修斯向娜乌茜卡所作演说中的修辞。一些文学作品(我所想的不是韦斯特讨论的卡夫卡的作品，而是莎士比亚和陀斯妥也夫斯基的更伟大的作品）提供了对工具理性、包括经济理性的一种批评视角。但是，在大多数地方，这两个运动既不互补也不互相竞争，而是井水不犯河水。我在第一部分中讨论的文学作品提供了对法理问题的洞见，而这些问题基本上都处于经济学领域之外，而且，我认为文学可能对写作司法意见做出的贡献同经济学根本无关。经济学不会吞并文学，文学也不会征服经济学。

令人惊奇的是，经济学同文学开始融合的层次是在美学的层次上。对于那些既懂得足够的经济学可以阅读经济学书籍和文章、又有美学感觉的人来讲，经济学是美丽的。典雅、精确、出人意料、形式、比喻、叙事、例子、表达经济、组织结构、神秘感、机智——从亚当·斯密到加里·贝克尔和罗伯特·索罗（Robert Solow），这些美学的优点可以在最高层次的经济学学术中找到，就像可以在虚构文学作品以及自然科学中找到一样。[87] 302

〔87〕请看，例如 S. Chandrasekhar, *Truth and Beauty: Aesthetics and Motivations in Science* (1987); *The Aesthetic Dimension of Science: 1980 Nobel Conference* (Deane W. Curtin ed. 1992); Edward Rothstein, "Contemplating the Sublime," 66 *American Scholar* 513, 518–519 (1997).

第三编

法律学术中的文学转变

第九章

法律学术中的教益学派

对律师进行文学教育?

奥斯卡·王尔德的一句名言是“书籍没有道德和不道德之分。书只有写得好，或者写得差，这就是一切。”他同奥登遥相呼应，在纪念威廉·巴特勒·叶芝的诗里面，奥登说诗歌不会让任何事情发生（尽管作为整体的诗歌对这一主张进行了限制），也呼应着克罗齐（Croce）以及其他形式主义批评者（比如科林斯·布鲁克斯，他是新批评论者的老前辈）。他们坚持认为教益是宗教的作用而不是诗歌的作用。[1]尽管乔治·奥威尔本人是个说教小说家，但他也持

305

[1] Brooks, “A Note on the Limits of ‘History’ and the Limits of ‘Criticism,’” in *Seventeenth - Century English Poetry: Modern Essays in Criticism* 352, 357 - 358 (William R. Keast ed. 1962). 但是我们在第7章中看到过，新批评论者并不是总能成功地区别对文学的道德反应和对文学的美学反应。T·S·艾略特对这一问题的观点同受他启发的新批评论者同样地模棱两可，有关他的观点，请看 Malcolm Budd, *Values of Art: Pictures, Poetry and Music* 98 - 99 (1995).

这种观点。[2]在审查制度的问题上，这也是大多数批评者采取的观点。我接受王尔德的格言——唯美主义的信条，为了艺术而艺术；我把它的含义理解为，一部文学作品的道德内容和后果同其作为文学的价值并不相关。就像海伦·万德勒（Helen Vendler）所说的，“把小说当作道德的兴奋剂或道德的催吐药来对待，任何意识到一部艺术作品的复杂心理和道德动机的人都会对这种观点反感。”[3]这并不是否认阅读可以产生后果，包括道德和政治的后果。信息和信念会影响行为，而阅读是这两者的来源。[4]请考虑一下以下人的

306 小说在阐明无政府主义和共产主义真正特征的活动中所起的作用：屠格涅夫（《父与子》）、陀斯妥也夫斯基（《群魔》）、康拉德（《特务》、《在西方的眼睛下》）、凯斯特勒（《正午的黑暗》）、奥威尔（《动物庄园》、《一九八四》）、当然还有索尔仁尼琴。就《通往印度之路》，有人曾说过，“作为对英属印度社会状况的描写，它的力量

---

[2] “《格利佛游记》的经久不衰证明了，如果一种世界观背后有着信念力量的支持，那么它只要是神志清楚的就可以产生伟大的艺术作品。” George Orwell, “Politics vs. Literature: An Examination of *Gulliver's Travels*,” in *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, vol.4, pp.205, 222–223 (Sonia Orwell and Ian Angus eds. 1968).

[3] Vendler, “The Booby Trap,” *New Republic*, Oct.7, 1996, pp.34, 37. 请对比 Benedetto Croce, *Guide to Aesthetics* 57–58 (1965 [1913])：“我们永远不能在道德上谴责或者在哲学上非难一位艺术家，尽管他的艺术可能使用较差的道德和哲学当作主题。只要他是个艺术家，那么他就不是一个行为的人，并且不会进行推理，而是进行诗歌创作、绘画、歌唱。”罗杰·西门（Roger Seamon）以类似的方式论证，文学作品中的道德价值是被作者假定的，并且会帮助我们理解这个故事，而不是用证据和论证支持的，不会试图说服读者去认为这些是合理的价值观。Seamon, “The Story of the Moral: The Function of Thematizing in Literary Criticism,” 47 *Journal of Aesthetics and Art Criticism* 229 (1989).

[4] 请看，例如，Peter M. Marzuk et.al., “Increase in Suicide by Asphyxiation in New York City after the Publication of *Final Exit*,” 329 *New England Journal of Medicine* 1508 (1993).

足以影响事件的发展。"[5] 厄普顿·辛克莱（Upton Sinclair）的小说《丛林》导致了联邦政府对食物加工的管理——又有谁会怀疑《汤姆大叔的小屋》（1852 年）对废奴主义运动产生的影响？[6] 我们可以写一部书来讨论虚构文学作品对公共政策的影响，这会开创一个法律与文学的二级学科。并且，我在上一章中论证过，文学的技术性价值可以帮助法官更为直接地思考，并且写作得更好。

唯美的传统是由三条线织成的。第一，沉浸在文学当中并不会使我们成为更好的公民或更好的人。我们可能会捡出一些因为它们传递的信息或它们引起的感情状态而具有这样作用的文学作品，但是它们在伟大文学作品中并不具有典型性。第二，我们不应该为在文学中遇到在道德上让人不快的观点而感到羞愧，即使作者看起来也分享这种道德观。一部文学作品不会因为表达了让人无法接受的道德观而受损害或被废弃；同样，一部平庸的文学作品不会因为表达了我们赞成的道德观就能挽回声誉。评价文学作品的正确标准是美学标准而不是伦理标准。第三，作者的道德特质或观点不应该影响我们对作品的评价。

简而言之，就是要坚持道德同美学的分离——但是有两条限制。一些文学作品除了说教以外没有什么让人感兴趣的地方，而对它来说正确的批评就是说教的批评，就像我们将在下一章中看到的。此外，区分道德价值和美学价值并不暗示要摒弃前者。美学视角就是一种道德视角，它强调的是开放、超然、享乐主义、好奇 307

[5] Frank Kermode, "Forster and *Maurice*," in Kermode, *The Uses of Error* 265, 268 (1991). 但是《通往印度之路》中所存在的多处事实错误——关于这一点请看 P. N. Furbank, *E. M. Forster: A Life*, vol.2: *Polycrates' Ring* (1914 – 1970), pp.126 – 130 (1978)——表明了使用小说代替历史和社会科学、甚至代替新闻报道所产生的危险。

[6] 请看 Leon Harris, *Upton Sinclair: American Rebel*, ch.7 (1975); Thomas F. Gossett, *Uncle Tom's Cabin and American Culture* 183 – 184 (1985). 实际上，Gossett 确实怀疑这一点。请看同书，第 10 章。

心、宽容、培养自我以及保留私人空间这些价值——简言之，即自由个人主义的价值。

文学批评中与美学对立的反传统源于柏拉图，这种传统强调、并且在有些版本中是排他地强调文学作品的伦理或政治内容和后果的重要性，以及并不非常常见地强调作者自身的道德观。玛莎·努斯鲍姆认为，古希腊悲剧和英美现实主义小说是道德哲学的一个组成部分。[7]她论证说，阅读小说"能发展道德的官能，没有它，公民们就不会成功地从任何优秀的道德或政治理论的规范性结论中看到现实"。[8] 韦恩·布思不同意自己在教益学派中的著名先人托尔斯泰的观点，他问道："难道《李尔王》……没有依赖于并且强化了（在其他固定的规范当中）简单善意的巨大价值以及无理由残忍的可怕吗?"[9] 布思不再像从前那样喜欢拉伯雷了，因为女权主义让他意识到了拉伯雷有厌女症。[10]

教益论的传统有很多变化。柏拉图、托尔斯泰、边沁、清教徒以及其他一些人，对文学和艺术都十分怀疑，不愿意给包含着不道德观点的文学作品以任何价值。作为"裸露的真理"的提倡者，不管是宗教、哲学或者科学真理，这些显赫人物都鄙视表面和外

---

〔7〕请看 Nussbaum, *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature* (1990).

〔8〕Nussbaum, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* 12 (1995)（着重号为作者所加）.也请看同书，页 2–4。

〔9〕Booth, *The Company We Keep: An Ethics of Fiction* 152 (1988)（着重号为作者所加）.请对比 Tolstoy, *Shakespeare and the Drama* (1903)，对它的讨论请看 George Orwell, "Lear, Tolstoy, and the Fool," in *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*，上注〔2〕，第 4 卷，页 287，290。

〔10〕Booth, "Rabelais and the Challenge of Feminist Criticism," 载于 Booth，上注〔9〕，页 383–418。布思对文学作品的道德后果讲得很明白："任何认真阅读过大量记叙文的人都'知道'叙事文确实会影响行为。"同书，页 227。"几乎每一个人——除了少数几位理论家——都会同意，我们读书不但是为了得到教诲，而且这些教诲常常起作用。"同书，页 229。也请看同书，页 232–235。

形。[11]在与此对立的另外一个极端，努斯鲍姆把文学同道德哲学整合到了一起。她不否认美学价值的重要性，但是她时刻准备着抛弃美学价值以换取道德价值，这样，一部作品的道德价值就影响了它作为文学的最终评价。布思是专业文学批评家，他的伦理批评更具有系统性、范围更加广阔，但他也更苛刻。他不但讨论那些达到了他的伦理高标准的文学作品，也讨论那些没有达到的作品。努斯鲍姆则把自己限制在前者之中。

一些伦理批评者想让文学作品具有整齐划一的道德，就像伊索寓言一样，而其他人则认为，文学的道德价值在于对思维和行动的更为分散的影响。布思和努斯鲍姆把阅读虚构文学作品比作友谊，并且强调说，友谊对一个人的性格和观点的影响是复杂的、不确定的，但肯定不是不重要的。但是他们不想就此止步。他们还想从作品中得到道德教化，尽管他们做到这一点就要不但考虑作品的可以重述的内容，而且要考虑作品的形式。

308

我们可以想像，道德或说教传统中的批评者会为法官们开出一个有教益作用的文学作品书单让他们去阅读。如果诗人是世界上未被承认的立法者，那么，难道法官就不应该注意诗歌中的道德教诲吗？当他们在不存在判例和其他传统法律渊源的开放地带判决案件时，难道他们不应该从诗歌中寻找引导吗？如果霍姆斯沉湎的是威廉·布莱克和简·奥斯汀而不是查尔斯·达尔文的作品，那么巴克诉贝尔案的判决是否会有所不同呢？简而言之，而且与技术问题非常不同，难道律师们就不应该在念法学院之前、之中，或者在必要情况下在念法学院之后接受文学教育吗？伟大法学家威格默（Wigmore）在1913年列出了一个伟大图书的书单让律师们读，难道他

[11] Russell Fraser, *The War against Poetry*, ch.7 (1970).

那时的做法不正确吗?[12]

教益学派拨动了有文学倾向的法学家们的心弦，这不足为奇。同其他大多数领域相比，在法学中，规范学术文章同实证学术文章的比率要更高。法律并不是一门冥思的学问，它的门徒不会轻易得出美学的观点。如果他们把文学带入法律，那么这是为了对他们认为的法律学术的规范使命有所贡献。所以罗宾·韦斯特说："研究人文学科所产生的人类官能可以构建一组道德的官能，从而也能构建一个意识空间，它远离法律的影响，从而能够作为对法律进行道德批评的媒介……大量经典文学作品都对法律、以及通常用来支持法律道德权威的那些论证持高度的批评态度……文学帮助我们理解其他人。文学帮助我们同情他们的痛苦，帮助我们分担他们的忧伤，并且帮助我们分享他们的快乐。我们更有道德感。文学让我们成为更好的人。"[13]并且在一个没有那么高的层面上，"律师可以通过研究含有女同性恋角色的书籍来学会怎样更好地代理女同性恋客户"，特别是研究那些"以争辩手法对女同性恋进行描写、解释、开释和辩解"的小说。[14]理查德·维斯堡把自己讨论的小说解释为预防另外一次种族大屠杀的堡垒。詹姆斯·伯艾德·怀特的文章大多是关于没有法律主题的文学作品——所以它们无法包括在本书第一部分的讨论当中——他的目的是对律师和法官进行某种文学教育，使他们

309

[12] John H. Wigmore, "Introduction," in John Marshall Gest, *The Lawyer in Literature* viii - xii (1913).

[13] West, *Narrative, Authority, and Law* 7, 13, 263 (1993) (脚注已省略).

[14] Anne B. Goldstein, "Representing the Lesbian in Law and Literature," in *Representing Women: Law, Literature, and Feminism* 356, 358 (Susan Sage Heinzelman and Zipporah Batshaw Wiseman eds., 1994) (脚注已省略).

能够在道德上和专业上都有所提高。[15] 在上一章中我们看到，他把道德和专业主义融合到了一起。他给法律与文学运动设立的目标，也是努斯鲍姆的目标，[16] 就是要“在单独的心灵寻求同他人共生的过程中永远地确认单独的心灵。”[17]

当王尔德在他令人震惊的（尽管也是十分具有道德感的，这颇具讽刺意味）小说《道林·格雷的画像》的前言中写下了我在本章开篇时引用的格言时，[18] 他是在挑战自己所处时代的传统智慧。在那时，几乎每一个能够正确思考的人都会说，沉浸于西方文明的里程碑会使自己成为一个更好的人。现在这种观点会让很多人觉得仅仅是又一个被打破的维多利亚时代的信仰。原因之一就是常常被描述为世界上最有文化的民族的德国在 20 世纪的所作所为，而美国同德国相比是庸俗的，或者至少在相关的时候是如此；德国自负

---

〔15〕请看 White, "What Can a Lawyer Learn from Literature?" 102 *Harvard Law Review* 2014, 2028 (1989)。关于怀特所建议的进路的一个例子，请看 John Denvir, " 'Deep Dialogue' – James Joyce's Contribution to American Constitutional Theory," 3 *Cardozo Studies in Law and Literature* 1 (1991)，其中使用了乔伊斯的故事《死人》(The Dead) 来论证说，文学表明了羞耻会导致创立社区的途径。

〔16〕请看 Nussbaum，上注〔8〕。

〔17〕White, "Law and Literature: 'No Manifesto,'" 39 *Mercer Law Review* 739, 751 (1988)。

〔18〕格雷抱怨说自己受到了一部书的毒害（1946 年版中的页 246），并且王尔德最近的传记作者声称《道林·格雷的画像》是对唯美主义的批评，也是对书籍不能使人堕落这个观点的批评。Richard Ellman, *Oscar Wilde* 317 – 318 (1988)。《画像》本身就借用叙事人之口说，“道林·格雷被一本书毒害了”（页 169）——这本书是一部关于意大利文艺复兴的虚构小说，大体上是取材于海斯曼（Huysman）的 *à Rebours*（Ellman，同上书，页 316 – 317）。

的文化并没有使它避免产生皇帝[19]或者元首，有文化的德国人同人民大众一起自愿地并且常常是热情地为这些政权服务。第一次世界大战期间，德国最伟大的小说家托马斯·曼是德意志帝国毫无保留的支持者。为希特勒服务得如此之好的德国法官[20]是受过学术高等教育的，所以研究过歌德、席勒和康德。文化实际上是这些政权的工具。就像杰弗里·哈特曼（Geoffrey Hartman）解释的，“国家社会主义利用美学的乐趣来粉饰侵略和侵犯的野心”，并且他得出结论说，“没有真凭实据能够证明，接受了高等教育或者‘文化’就可以提升利他主义的个性。”[21]如果艺术是任何东西的话，那么艺术就是民主政治的冤家对头：“艺术和美要求有兴奋、狂喜、极端；政治生活则更加适合合作、共识以及妥协。”[22]

我们不必让瓦格纳、塞林（Céline）、庞德、海德格尔以及德·曼（de Man）起死回生就可以怀疑一般的高雅文化以及具体文学的

---

〔19〕“德意志帝国的经历告诉我们，不应该低估高等教育中人文学科的人道精神的价值。” Konrad H. Jarausch, *Students, Society, and Politics in Imperial Germany* 425 (1982). 德国的学术性高中，即 *Gymnasium*，十分强调希腊语拉丁语以及德国经典文学作品（特别是歌德、席勒和莱辛［Lessing］） 请看 Margret Kraul, *Das Deutsche Gymnasium 1780–1980* 100–107, 142 (1984) 在讨论第一次世界大战前德国法律职业的状况时，鲁什美尔（Rueschemeyer）说过，“这一职业的精英集团是由极有能力的律师组成的，他们不但沉湎在对自己职业的理想化概念之中，而且，可能这一点对像法律这样世俗的职业来讲很奇怪，他们还沉湎在教育小说、文学的文化、以及优雅个性的理想之中。” Dietrich Rueschemeyer, *Lawyers and Their Society: A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and in the United States* 178 (1973).

〔20〕请看 Ingo Muller, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich* (Deborah Lucas Schneidertrans., 1990); Posner, *Overcoming Law* 145–159 (1995).

〔21〕Hartman, “Is an Aesthetic Ethos Possible? Night Thoughts after Auschwitz,” 6 *Cardozo Studies in Law and Literature* 135, 137, 139 (1994) 也没有其他的证据。值得注意的是，在希特勒当政时发展起来的那些抵抗希特勒的团体中，没有教授们的身影。Alice Gallin, *Midwives to Nazism: University Professors in Weimar Germany 1925–1933* 4–5, 100–105 (1986).

〔22〕Tzvetan Todorov, “Poetry and Morality,” *Salmagundi*, Summer 1996, pp. 68, 71.

教益作用。文化人在总体上并不比俗人道德优越。"尽管他们更熟悉经典作品，但是看起来文学教授并不比其他人过着更好的生活，并且常常会对彼此的缺点表现出不合身份的恶意。"[23]事实上，沉湎于文学和艺术可能会产生充满愤恨、具有破坏性的个人优越感、孤僻感和怨恨感。[24] 想一想，霍姆斯很可能是最高法院历史上读书最好的法官——我是指他对西方文明中文学和哲学的里程碑作品阅读得最好；[25]但是他众多的批评者认为巴克诉贝尔案是他典型的生活观。我们会看到，几乎没有什么证据表明色情文学会使男人（色情文学的主要消费者）的行为变得更差；并且这也是一个线索，它表明具有教益作用的文学作品也不大可能使他们的行为变得更好。

适用于文学教授的东西也同样适用于他们教学和写作时使用的经典。我使用"经典"指的并不是作者，因为如今没有人还会认为伟大作家比文盲更可能是好人。我指的是他们的书。经典作品中充满了道德暴行——在我们今天看来是这样，而且有时在作者自己社会中的开明人士看来也是这样——而作者显然支持这些行为。《伊利亚特》中的强奸、抢劫、谋杀、用人和动物献祭、纳妾和奴隶制；《俄瑞斯忒亚》和无数其他作品对女人的厌恶；冷血的复仇；在我们无法统计的文学作品中的反犹主义，包括莎士比亚和狄更斯的作品；种族主义和性别歧视也一样；同性恋恐怖症（只要想一想莎士比亚的《特洛依罗斯与克瑞西达》和曼的《威尼斯之死》）；君

311

---

〔23〕 K. K. Ruthven, *Critical Assumptions* 184 (1979).

〔24〕 请回忆第3章中伊恩·瓦特把浮士德解释为对世界感到失望的知识分子，因为它没有满足由广泛的阅读所刺激产生的想像力的过度希望。

〔25〕 对了，他确实阅读过简·奥斯汀。请看1923年8月2日致弗里德里克·波洛克（Frederick Pollock）的信，载于 *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* 10 (Richard A. Posner ed. 1992).

主制、贵族统治、等级制度以及其他不合法的（在我们看来是这样）层级；殖民主义、帝国主义、宗教愚民政策、军国主义、无理由的暴力、折磨（像《奥赛罗》中的伊阿古）以及犯罪活动；酗酒和毒品上瘾；无情的旧习；虐待狂；色情文学；大男子气概；对动物的残忍（例如斗牛）；势利；赞美法西斯主义，赞美共产主义以及赞美无所事事；蔑视穷人、体弱者、老者、残疾以及单纯的人，蔑视靠做工过活的人，蔑视守法的人，以及蔑视民主的程序。文学的世界是道德上无政府的世界；沉湎其中会导致道德相对主义。

努斯鲍姆论证说，"不平均主义同这种文学类型［小说］的结构有一定程度的张力，因为小说鼓励读者关心和尊重它让读者注意到的所有故事。"[26] 但是大多数最好的英国、法国、俄国、德国和美国小说都可以归为几种类型的非平均主义：常常以古体风格写就的（在现在看来是）关注私人主题的小说，比如通奸和刚毅（例如劳伦斯、海明威、福特·马多克斯·福特［Ford Madox Ford］以及乔伊斯）；冒险小说（这种类别同第一种有交叉之处）；尽管表面不是如此，但对社会中的社会或政治安排没有任何严肃兴趣的小说（我已经试图证明这甚至对卡夫卡和卡缪都适用）；贬低现代自由和平等事业的小说（例如大仲马、斯科特、陀斯妥也夫斯基、沃［Waugh］以及有些时候的康拉德）；小说中假定一种社会组织，其中一个悠闲、有头衔或受过教育的上层社会靠劳动人民的血汗生活，而小说家几乎从没提到过这些人民的存在（例如奥斯汀、詹姆斯、华顿［Wharton］、普鲁斯特、费茨杰拉德［Fitzgerald］）；更多关注哲学问题而不是社会问题的小说（贝克特［Beckett］、赫塞［Hesse］、很大程度上的梅尔维尔、托尔斯泰以及曼）；为资产阶级价值观辩护的小说（笛福、高尔斯华绥［Galsworthy］、特罗洛普

［26］ Nussbaum，上注［8］，页129注［34］。"尽管小说允许建议对其中的人物进行一定程度批评的建议，但是它通过鼓励同情理解而促进怜悯。" 同书，页130注［45］。

[Trollope]）；涉及公众主题但“立场”模棱两可或不可理喻的小说（吐温和福克纳）；对社会主题和私人主题均有涉及但后者占主导地位的小说（斯汤达、福楼拜、布尔加可夫［Bulgakov］）。这些小说家的一些作品无法归入我的分类——例如华顿最好的小说《欢乐之家》对势利言行和富有进行了尖锐批评。并且有很多著名小说家都有努斯鲍姆敬佩的那种社会良知。但是拥有这种良知并不会定义这一文学类型

确实，同古希腊、伊丽莎白时代或法国悲剧这些关注国王和贵族行为和感受的文学类型相比，小说是更资产阶级化的媒介。小说 312 地位的上升同资产阶级的上升、识字能力的膨胀、科学和哲学现实主义的增长是重合的——这些发展刺激了对一种能够现实描绘日常生活行为和经历的文学形式的需求。[27]但是资产阶级同平均主义并不是同义词。

一部文学作品的声誉通常不会因为后来的读者发现这部作品宽恕丑陋的道德观而受到多大损害，尽管激进主义者正试图改变这一点，就像我们在前面的章节中瞥见过的。具有教益作用的作品在为经典地位进行的竞争中并没有什么优势。但是，只有训练最有素、最为忘我的读者才会有意忽视他所阅读的东西中的道德维度。伟大的文学一定会以某种方式诱使读者暂时停止道德判断。但是怎样做到的呢？我认为答案是，一部文学作品的道德内容只是作者的原材料，就像本书第一部分中讨论的大多数“有关法律的文学”作品中的法律内容一样；作者把这些东西塑造成一种同道德无关的形式，就像雕塑家的粘土作为建筑材料的价值同所完成的雕塑的艺术价值无关一样。当我们在《哈姆莱特》第一幕结尾时发现一部表面上的成人戏剧中有一个鬼魂时，我们会不会悻悻地离开它？那么我们又

〔27〕请看 Ian Watt, *The Rise of the Novel: Studies in Defoe, Richardson and Fielding*, chs. 1–2 (1957).

为什么应该悻悻地离开《奥赛罗》呢，就因为我们发现它把种族之间的通婚描写为可能是不自然的？或者离开《威尼斯商人》，就因为我们发现它使用了犹太人贪婪、嗜血这种肮脏的老套？或者当我们读到费金这个教唆犯时会把《雾都孤儿》愤然合上？或者愤然合上《哈克尔伯瑞·芬恩历险记》或《萨托里斯》（*Satoris*），就因为我们读到作者像写实一样使用“黑鬼”这个词？大多数读者能够镇定地接受文学中存在的过时伦理，就像他们接受文学中存在的过时军事技术或过时措辞或已经消失的习惯一样，他们会认为，这些东西因为文学作品年代久远而不可避免，而且同我们阅读的目的没有多大关系。

甚至当道德内容符合我们现行的道德观时，道德的内容也是无关的；这是“时间检验”的文学理论的又一个隐含含义。《红与黑》的读者当中，没有任何人会倾向于全力捍卫斯汤达抨击的君主制拥护者和僧侣们。但是，他在被称为第一部伟大的社会和政治批评小说中[28]所关注的社会学问题已经过时了，并且这部小说生存到今天只是因为，在其社会和政治主题之外，它是一部有关爱情、野心以及过一种真正的生活的伟大小说。它仍旧是一部伟大的现实主义小说，但我们珍视这部小说所缘起的现实主义是关于人性的现实主义，而不是关于复辟时期法国状况的现实主义。《汤姆大叔的小屋》并没有作为文学生存下来——我们对它惟一的兴趣是历史学兴趣——尽管其作者对奴隶制的反对现在已经获得了普遍赞同。

313

但是左派意识形态论者告诉我们，“充满了［莎士比亚作品］文本的意识形态，以及它们在历史中的位置，这些是有关这些文本的最让人感兴趣的东西，”并且右派意识形态论者告诉我们，“简·奥斯汀是比普鲁斯特或乔伊斯更伟大的小说家”，并且“T·S·艾略

---

〔28〕请看 Erich Auerbach, *Mimesis: The Representation of Reality in Western Literature*, ch.18 (1953).

特晚期的基督教诗歌要比他早期的诗作优秀得多。”[29]第一个陈述很奇异，因为它在评价历史上最伟大的诗人和剧作家时愿意让美学价值从属于政治价值。但第二个陈述也不可接受。这不但是因为他们试图把奥斯汀同像普鲁斯特和乔伊斯这样如此不同的作家放在一起——这是一个真正不可通约的例子——这就是误入歧途，也不仅仅是因为艾略特的艺术顶峰是《荒原》，而不是《圣灰星期三》或《四首四重奏》。因为作品的政治、道德或宗教观点而贬低一部文学作品的价值，这并不仅仅是损人不利己，这也是偏狭、庸俗、严苛、非自由派（大多数说教或道德化文学批评者都是反自由主义者），并且，当它以假定我们比先人道德高尚的形式表现出来时，它也是得意的民族优越感，例证了史蒂芬·霍姆斯称之为“时间上的狭隘主义”的那种令人厌恶的政治正确。有一点非常令人遗憾，即着迷于政治、宗教或道德的人无法对文学作出美学的反应，因为，“让自己对一首诗［或其他文学作品］的反应脱离自己对诗中信念的态度，这种能力在人与人、信念与信念之间都有区别。”[30]

最小化国家的信奉者应当特别警惕不要用政治的正统观点来检验文学作品。文化同国家的分离，应为私人的东西同应为公众的东西的分离，受到了说教学派的威胁。通过给文学加上促进健康道德观（包括政治观）的任务，这就把文学同公众功用（比如灌输市民美德）联系到了一起。这么做使文学变成了公共管制的对象，并且因此缩小了私人空间。它更接近于接受极端分子们的主张，即万事皆政治。 314

如果沉湎于文学不大可能让一个人更具道德感，那么它是否能

［29］第一句话是摘自 Jonathan Dollimore and Alan Sinfield, “History and Ideology: The Instance of *Henry V*,” in *Alternative Shakespeares* 206, 227 (John Drakakis ed. 1985)；第二句话摘自 Irving Kristol, “Reflections of a Neoconservative,” 51 *Partisan Review* 856, 859 (1984).

［30］Budd，上注［1］，页100。

使他变得更加聪慧呢？边沁说过，诗歌与孩子们的弹图钉游戏之间在价值上没有什么区别，以下是哲学家希拉里·普特南（Hilary Putnam）对这句话的评论：

> 我们发现，对于一个真正会鉴赏诗歌的人，对于一个能够区别真正的诗歌与简单的韵文、能够对伟大诗篇作出反应的人，我们几乎无法想像他会更加喜欢孩子的游戏而不是能够像诗歌和音乐一样丰富我们生活的艺术。我们确实有一个理由更喜欢诗歌而不是弹图钉，而那个原因在于我们所感觉到的伟大诗篇的经历，也在于伟大诗歌后来的效果——……扩大我们的形象和比喻储备，以及把诗歌的形象和比喻同一首诗在我们心中生活了多年后产生的世俗感觉和态度进行整合。这些体验也显然是好的——不但是好的，而且，用一句老话说，也会使人变得高贵。[31]

这一段文章中融合了两个独立的思想。第一个思想是，沉湎于文学的人倾向于把自己的经历同文学中相对应的经历进行比较，并且倾向于从文学人物的行为中推导出自己对他人行为的预期。他们把文学当作生活的一块模板。这同亚里士多德将文学同历史进行的对比是一致的，前者关注的是可能性而不是实在性——用我们今天的话说，关注的是为人类行为建造模型，而不是简单地对行为进行描述。文学中包含着智慧和洞见（这并不限于第一编讨论过的法理问题），而弹图钉就不行。一位一生为法律援助或公共辩护办公室工作的律师可以用我在第7章中从《1916年复活节》中引用的下面两行诗来总结自己的职业生涯："一次太漫长的献祭／可以让心变成石头。"一位像奴隶一样在大律师事务所工作的律师可能会沉

[31] Putnam, *Reason, Truth and History* 155 (1981).

思叶芝在《选择》中的主张："人的智力啊，不得不去作选择，／生活的完美、或是工作的完美，／如果选择了后者，就必须割舍／天堂似的大厦，在黑暗中暴跳如雷。"* 你可能会担心自己犯李尔的错误，即试图把权力和特权分割开来，或者担心自己会落入阿伽门农不断遇到的那种注定失败的境地。你可能会因为《浮士德博士》和《麦克白》而想到那句格言，即对一个人来讲，最可怕的事情就是他所有的愿望都得到了满足。乔恩·埃尔斯特（Jon Elster）的著名社会理论著作《尤利西斯与塞壬女妖》（*Ulysses and the Sirens*）发现，在到达了塞壬女妖听力距离之内时，尤利西斯命令船员把自己绑到桅杆上，这个故事是一种典型的自我献身。有的时候，当我的法官同事和我因为喋喋不休的律师耽误了我们的午饭而烦躁不安时，我会想起《夺发记》（*The Rape of the Lock*）**（第三幕，行 19－22）中下面的诗行：

315

> 在从一天的中午下降时，
> 太阳斜斜地射下他炙人的光线；
> 饥饿的法官们很快签署了裁判，
> 而可怜的陪审员们可以吃饭。

但这并不能推论说，因为有些人使用文学当作洞察人性和社会交往的材料，那么其他人，比如不喜爱文学的法官，就应该也被鼓励这么做。没有证据也没有理由让我们相信，同其他领域（比如历史和科学）的著作以及同真实的人而不是虚构的人物进行交往相比，文学提供了通向有关人和社会的知识的更直接的路径。我们当

---

* 中译文引自，叶芝著，裘小龙译，《丽达与天鹅》，漓江出版社，1987 年，页 217。——译者

** 英国作家亚历山大·蒲柏的讽刺性仿英雄体史诗，作于 1712 年。——译者

中可能有些人更喜欢从小说中获取有关人性的大部分知识，但这不能证明小说就是比生活或各种非虚构文学类型作品更优秀的来源。在第一编中，我并没有论证说虚构文学是研究复仇、法理学或浪漫气质的惟一的共或最佳的文本；并且我拒绝怀特的主张的隐含意义，即“［自然科学或社会科学中的发现传达的］信息可能会改变我已经拥有的充足信息性，但我不认为这些发现能够改变我。”[32]同文学相比，更多的人是为自然科学（只要想一想达尔文）和社会科学（一系列的研究和著作，其中包括亚当·斯密、马克思、弗洛伊德、凯恩斯、金西［Kinsey］和哈耶克，以及其他很多人的著作）改变了。怀特可能对这么多的著作全都免疫，但如果是这样的话，那么，就受过教育的人总体而言，这也是一种变异而不是一种特征。

读者很少能够从虚构文学作品中抽象出可以用于生活的实际教训。你认为《李尔王》的教训是不要让自己受孩子控制吗？请再考虑一下。想要在自己年老昏聩时保有财产控制权的人是骗子、不诚实的私人随从和财务顾问、贪婪的医生、吃软饭的男子和傍大款的女人的天然猎物。最好是依赖你的家人，并且希望自己家人中没有里根或高纳里尔式的人物。虚构文学的作者很少是可以传授实际教训的实际的人。并且，这么多文学作品涉及的是分裂和危机情况，这个事实使文学的洞见很难转换到日常生活中。

316

普特南的第二个主张是，具有文学敏感的人自然而然地得到的那些联系可以使人变得高贵，这个主张既没有解释（他说“使人变得高贵”是什么意思?）、也没有论证。努斯鲍姆把这个主张变得更为具体，她认为，文学可以扩大我们对不正义和一般道德问题的同情理解感受力，所以她把我们带回了文学教益力量这个问题上。我同意她的观点，即文学是一条道路，尽管并不是惟一的道路，可以

〔32〕 White，上注〔17〕，页742。

让我们更好地理解我们不大可能在现实生活中遇到的那些人的需要、问题和观点。但是，没有理由让我们假定，对别人有更好的理解就可以使我们自己成为更好的人。善于蛊惑民心的政客们理解人心到了家。努斯鲍姆同苏格拉底无确实证据的主张遥相呼应，即人们之所以做错事只是因为他们不知道什么是正确的。

她方法的例证见于《爱的知识》中有关亨利·詹姆斯《金碗》的论文。玛吉是一个非常富有的年轻美国女子，她同一个一文不名的意大利王子结了婚。王子在玛吉不知情的情况下同夏洛特相爱了，夏洛特是个身无分文的美国妇女，巧合的是她也是玛吉最好的朋友。玛吉发现了自己的丈夫同夏洛特通奸，她机智地设法重新得到了他，并且突然把夏洛特（她现在同玛吉丧偶的父亲结了婚）轰走了。努斯鲍姆论证说，这部小说是"关于一个女人的成长。为了成为一个女人，为了把自己交给自己的丈夫，玛吉需要把自己看作是一件破碎、不完美、不安全的东西，一个有着可以流水之洞的容器，一个不再密闭的蒸气机箱。"[33]

这是《金碗》所关注的主题之一。自从《伊利亚特》以来，丧失纯真就一直是一个文学主题，并且它也是詹姆斯小说中一个反复出现的主题。我也接受努斯鲍姆进一步的论点，即，虚构文学作品对道德两难境地的描写要比伦理学论著更为生动，伦理学著作倾向于尽责、可预测、一本正经并且索然无味，尽管尼采的伦理学作品是巨大的反例（但那样他也就是反对伦理学，至少是在平常意义上）。但是我不同意《金碗》可以帮助我们排除自己生活中的道德难题；不同意"在反对道德感迟钝的斗争中，艺术家是同我们并肩作战的斗士，而且常常是我们的向导"（页164）。《金碗》会招致

317

[33] Nussbaum，上注［7］，页133－134。请比较 Daniel Brudney，"Knowledge and Silence: *The Golden Bowl* and Moral Philosophy，" 16 *Critical Inquiry* 397，431（1990），称赞玛吉在解决她丈夫的通奸行为所产生的危机时使用的"手法"给相关的人造成的损害最小。

多种多样互不相容的道德反应。我们可以同通奸者站在一边，自始至终把玛吉当作让人难以忍受的富家女；[34]并且我们可以认为，仅仅因为玛吉富有而夏洛特贫穷，夏洛特就应该输给玛吉，这一点是不对的。我们可以把王子看作一个傍大款的人（因为，很清楚，他同玛吉结婚是为了她的钱，他的托词是，他的贵族身份让他有义务供养他在意大利的亲属），并且我们可以认为玛吉懦弱无力，既因为她起初同他结婚，也因为她宽恕了他的通奸行为。我们也可能会对玛吉和她父亲之间的亲昵行为感到不舒服，这种亲昵行为要远甚于他们同各自配偶之间的亲昵行为，并且我们也可能会厌恶他们作为富人对待王子和夏洛特这些骗子的那种屈尊俯就的态度。

这部小说可能是在警告读者，女人让婚姻成为自己全部事业是错误的，男人和女人都应该工作，而不是像玛吉和他的王子那样靠继承来的财富过活。这部小说甚至可能是在“残酷地戏仿”19世纪英国和美国的理想婚姻以及那些理想所根植、反映的资本主义体系。[35]很奇怪，作为道德哲学家，努斯鲍姆和布鲁迪尼（Brudney）没有感觉到玛吉和她所支持的婚姻制度在道德上存在可疑之处。下面的观点也是有价值的：“詹姆斯看来是在试图……编织一张精细的生活—道德意义之网，用它来包围小说中的人物、行为和境况，但它们或是在剧情上过于简单，或是在道德上过于有疑问，以至于

---

[34] “如果我们还有同情心的话，那么我们就应该同情夏洛特并且（稍微）同情王子，在该书总体的道德背景下，他们所代表的东西在我们看来只能是正当的激情；在一种不新鲜、令人作呕、压抑的气氛当中，他们代表了生命。” F. R. Leavis, *The Great Tradition: George Eliot, Henry James, Joseph Conrad* 160 (1962). 努斯鲍姆可能转而同意了这一观点，因为在一篇写于《爱的知识》之后的论文里面，她批评玛吉和她的父亲把他们的配偶当作“古董家具”来对待、从而“剥夺了他们的人类身份。” Martha C. Nussbaum, “Objectification,” 24 *Philosophy and Public Affairs* 249, 288 (1995).

[35] Joseph A. Boone, “Modernist Maneuverings in the Marriage Plot: Breaking Ideologies of Gender and Genre in James's *The Golden Bowl*,” 101 *Publications of the Modern Language Association* 374, 380 (1986).

无法表现出这种意义。”[36]

审视小说的不同“视角”可以非常好地在一起共存。《金碗》有着深具意义的含糊性，没有强迫读者选择一种“正确”的解读。对于文学作品的伦理阅读倾向于变成一种简化的——并且不着边际的阅读。聚焦在《金碗》中的道德问题可能会使我们看不到詹姆斯想像力中色情和野蛮的脉络——他着迷于可怕的、不自然的、类似乱伦的（在夏洛特变成了王子的继岳母之后，哈姆莱特会认为王子同夏洛特之间的性行为是乱伦的）、窥阴癖的事情：妻子同继女婿通奸、女儿宽恕自己丈夫同自己继母通奸、丈夫同自己的继岳母通奸、父亲和女儿知道并操纵这些通奸行为、通过守旧者（阿星汉姆夫妇）震惊和着迷的眼睛看到的完全诡异的家庭事务。詹姆斯不是一个道德论者，而是一个更奇怪、更有趣的人。

318

努斯鲍姆所论证的可能仅仅是（或者主要是），讨论《金碗》戏剧化的道德难题（同戏剧化过程本身相区别）会因改善了我们的伦理分析技巧而使我们更具道德感。这种进路反映了对决疑术重新产生了兴趣，把进行教益的责任从文学身上转移到了文学批评和教育身上。这不是一个容易完成的责任。文学批评者很少取得过道德领袖的地位；经典文学作品中描写的道德难题多半远离现在的伦理问题；最为重要的是，没有证据表明，对伦理问题的讨论会改善伦理表现。本书不是解释和验证有关人们怎样获得道德感的理论的地方。基因、家教、与同辈人的交往以及宗教都起到一定的作用。虚构文学作品激发的决疑分析的作用没有被证明，也不可信。道德哲学家、他们的研究者、文学批评者以及英文专业的大学生在态度或行为方面平均起来并不比其他领域中的同辈人更具道德感。他们可能更少道德感，因为他们更擅长合理化，也因为对一些人来讲，道德谈论会成为道德行为的替代品，甚至会成为不道德行为的开脱之

[36] S. L. Goldberg, *Agents and Lives: Moral Thinking in Literature* 301 (1993).

词。说左派的话做右派的事，就像法国人说的那样。

因为我们社会中很少有人会认为通奸是一种适于公共管制的行为，所以，《金碗》中具有的教益力量，如果存在的话（我认为不存在），也仅局限于个人关系领域，但有些读者会在其中发现有关资本主义制度下的婚姻具有政治功用的见解。为了找到文学想像力影响我们思考公共生活的例子，努斯鲍姆转向了社会小说，具体来讲有三部——狄更斯的《艰难时世》、E·M·福斯特的《莫里斯》以及理查德·莱特的《土生子》。她希望我们从第一部小说中看到，经济学理论赞美的工具理性是不完全的，[37] 从第二部、第三部中，她希望我们看到同性恋者和黑人应该得到我们的同情。对于这个值得怀疑的角色来讲，这三部著作也是值得怀疑的候选者。尽管《艰难时世》是一部不错的小说，但是，作为反对经济学思考方式的檄文，它浅薄并且很容易驳倒。葛擂硬（Gradgrind）是讽刺的靶子，他的失败是因为他用现货市场交易的模型对待自己接触的所有人、包括自己的家庭成员，从私人关系和商业关系中消除了所有信任和感情因素。在葛擂硬是边沁的替身这个意义上，这种讽刺可能有一定意义。边沁混淆了不同的人类活动空间，这是边沁思想的一个特征，尽管因为他本人从来没有结过婚，所以我们并不知道他是否把这种混淆带入了自己的私生活。多年以来，任何有责任感的社会科学家都不会再犯这种混淆的错误，所以反对葛擂硬的意义几乎等同于反对奴隶制（这是最为安全的靶子，因为它没有支持者）的意义。在公司同家庭之间存在着同质性，经济学家和其他追求社会行为一般理论的社会科学家都强调过这一点了。但是没有任何社会科学家建议家庭成员应该组成公司并且按照股东的模式行为。在陌生

[37] 也请看 Josephine M. Guy, *The Victorian Social - Problem Novel: The Market, the Individual and Communal Life* 131 - 36 (1996). Leavis，上注〔34〕，页 236，把《艰难时世》描写为“生活对功利主义的驳斥。”

人之间进行的活动中，市场关系是家庭成员间亲情联系的替代物，而即使市场关系也并不总是非个人化的。紧密团体内的市场关系同现货市场中买卖者之间的关系是不同的。当人们在持续不断的基础上相互交往时，信任补充了、甚至取代了对法律的依赖。葛擂硬就没看到这一点。今天不会再有经济学家看不到这一点了。

下面是理解葛擂硬的错误的另外一种方法：葛擂硬认为理性意味着要像现货市场中的买者或卖者一样行为，所以，如果理性是一种好东西，我们就应该在所有生活行为中都使用理性。经济学家可能曾经一度把理性设想成这样，但是他们当时也没有推荐它作为所有人类行为的模型。像我们在第 6 章中看到过的，在今天，经济学家的理性概念更为广泛，并且通过这样做，他们能够把更多的人类行为放到经济学的庇护之下；但是，他们做到这一点并不是用削足适履的做法，不是让那些行为适应短期的商业关系。

320

同怀特和迪彻奥特相呼应（请看第 8 章），努斯鲍姆主张“狄更斯［在《艰难时世》中］在经济学上的对手并不是一个稻草人：它是一种甚至在今天仍然支配我们很大一部分公共生活的观念，其形式同这部小说描写的形式没有太大区别”。[38] 支配？她没有引证任何一个由经济学家支持的、有着葛擂硬思考方式之缺陷的公共政策。经济学家支持的大多数政策，比如自由贸易、或对从前被管制的工业取消管制、或在法律上（在税法、侵权法以及家庭一亲属法当中）承认家务工作的经济价值、或者职业竞争，这些都并不是残忍无情的。经济学家的一些观点在一些没有受过经济学训练的人看来可能是残忍无情的，反对最低工资就是一个例子，这只是因为，这些人并不理解这些政策对最底层社会成员的负面影响，或是因为他们对经济学语汇感到厌恶。今天保存下来的最为残酷无情的政策，比如当代美国法律中对毒品犯罪的残酷惩罚或以多种多样的补

〔38〕 Nussbaum，上注〔8〕，页 18。

助计划进行从穷人到富人的财富公共再分配，其背后的动机都是非经济的考虑，受到大多数经济学家的反对，或者两者都有。

努斯鲍姆有更充分的理由认为，很多异性恋者对于同性恋者遇到的问题、甚至对他们的人性缺乏同情理解的认识，并且很多白人对我们城市中最为贫穷的黑人和黑人儿童所遇到的问题、也包括对他们的人性都缺乏同情理解的认识。因为同性恋和种族问题已经变成了法律争议的焦点，所以我们有理由努力使律师和法官意识到这些群体的挑战、成就、历史以及观点。问题是怎样才能做到这一点。文学并不是一个恰当的手段。原因之一是，小说中对一个社会问题的描述可以很容易因为夸张或不准确而被拒绝——简单说，因为它是一部虚构的小说，就像我们将在下一章中看到的。另外一个原因是——这个原因也是为什么我们认为不会在有关女权主义的课程中找到《金碗》或《威尼斯商人》（尽管其中有女性律师的角色楷模），但要排除那些对文学持反对立场的课程，而这并不是努斯鲍姆的提议——对传统上处于从属或边缘地位的群体的描写，不但包括对黑人和其他非白人种族、同性恋的描写，而且包括对犹太人、妇女以及受身体上或精神上的失调或缺陷折磨的人们的描写，在很大程度上都是负面的，这反映了这些作品创作时的文化。几乎所有被接受为文学的作品都已经至少有几十年历史了，而且大多数还要更为久远。只有到了非常晚近的时候才出现了一些感受，推动了法律专业人员去培养对传统上处于从属或劣势地位的群体受歧视问题的感知能力。因为在时间上存在这种错位，所以在文学中很难找到努斯鲍姆所关注的东西的理想型。[39] 福斯特是一位声望显赫的小说家，但是《莫里斯》是他最弱的小说，其中有着强词夺理的

〔39〕很难，但并不是不可能。有比《喧嚣与愤怒》第一部分更加感人的对智力迟钝的描写，有比康拉德的小说《胜利》（Victory）中精神变态的马丁·理查多（Martin Richardo）强奸莉娜（Lena）未遂更为让人痛苦的对性攻击的描写吗？

所有特征，[40] 而且，因为作者专注于相互竞争的、但现在已被遗忘的爱德华时代的同性恋思潮，所以它看起来有些深奥难懂。[41]作为一本宣传同性恋知识的小册子，就如同把《艰难时世》看作是宣传经济学知识的小册子一样，它已经过时了。

《土生子》（1940 年）是美国黑人小说史上的一个里程碑。它有着一个具有时间性的主题——种族间的暴力，甚至其背景是芝加哥的南区，玛莎·努斯鲍姆正是在那里教书。其主人公比格尔·托马斯是一个来自芝加哥贫民窟的 20 岁的黑人，他已经是一个铁石心肠的罪犯，杀死了一个白人妇女玛丽·道尔顿。杀人行为很可能不是故意的，但是随后比格尔割下了她的头，并把尸体扔到火炉里以隐瞒罪行。后来他强奸并谋杀了他的黑人女友。他承认自己杀死了玛丽·道尔顿（他甚至没有被指控谋杀了他的女友——这是对白人漠不关心黑人生命的一个评论），并被判处死刑。像与《土生子》有相像之处的、几乎同时代的小说《陌生人》一样，[42] 小说以比格尔等待死刑执行结尾。作者想让我们认为，引出整个故事的事件是比格尔闷死玛丽，而这个事件发生的原因是，作为一个帮助黑人种族的项目的一部分，玛丽以及她信奉共产主义的男友和富裕的自由派父亲（他当然是个贫民窟房屋的房东）试图同比格尔交朋友，并且作者想让我们相信他的暴力倾向是被白人的偏执"所阻碍和扭曲的生活方式"[43] 的结果之一。在量刑听证会上，他的律师甚至

---

〔40〕 科矛德（Kermode）称之为"一种相当简单的满足愿望的幻想；它有着福斯特通常所具有的象征风格，而且这毫无疑问地会受到重视，但是它看起来较为迟钝和自我放纵"。Kermode，上注〔5〕，页 271。

〔41〕 Claude Summers, "The Flesh Educating the Spirit: Maurice," in Critical Essays on E. M. Forster 95 (Alan Wilde ed. 1985).

〔42〕 莱特在第二次世界大战后搬家到了法国，认识了卡缪，并且写了一部他称之为《局外人》(*The Outsider*) 的小说，这是受他阅读《陌生人》的影响。

〔43〕 1966 年简装版第 358 页。我从这一版中所引用的段落在该书未经删节的版本中没有变化，请看下一个脚注。

论证说："事实是，这个男孩并没有杀人！……他是在生活，只是在按照他所知道的方式生活，只是在按照我们迫使他生活的方式生活"（页366）。偏狭的无处不在得到了进一步的强调，因为法律机构错误地但毫不动摇地相信比格尔强奸了玛丽，[44] 也因为小说中存在着动用私刑的威胁。

《土生子》是一部特定时代的作品。它的种族关系图景在1930年代来说是精确的，但在今天来说却不是。年轻黑人男子中的暴力现象一直持续到今天（黑人谋杀犯罪率是白人谋杀犯罪率的七倍多），这可能是种族主义的遗产；但是，如果是这样的话，那么其中的因果关系很微妙，并且补救的办法很模糊。努斯鲍姆论证说，《土生子》的道德教益是，"种族仇恨和羞辱的烙印"正"从根本上毁损人类的性格和社区。"[45] 这不是真正的新闻，而且无论如何这在怀特的小说里描写得都不好。开始的章节对互不理解的贫穷黑人和自由派白人的描写引人注目，它们预示着这将是一部极好的社会风俗小说；但是从玛丽被肢解开始，不合情理的内容不断出现，语气变得越来越不和谐，黑人人物丧失了深度，写作的能量也减退了。就像哈罗德·布卢姆在讲到比尔格死刑前夜时所说的，"在基本上是狄奥多拉·德莱塞（Theodore Dreiser）之子的《土生子》中，莱

322

〔44〕但是，在每月一书俱乐部（Book of the Month Club）的坚持下，莱特删除了几个性描写的场景，其中之一是在比格尔闷死玛丽之前不久，比格尔对玛丽产生了性兴奋（请看HarperPerennial出版社的简装版，1993年，页96－97）。这些删节直到1991年才被重新恢复。请看Rampersad，Tuttleton，和Kinnamon的论文，载于*The Critical Response to Richard Wright* 163，167，173（Robert J. Butler ed.1995）。重新恢复是在莱特去世后才进行的，所以我们无法确定被恢复的文本是不是要比最初出版的文本更加可信。这是第7章中讨论的难以确定作者意图的又一个例子。

〔45〕Nussbaum，上注〔8〕，页96－97。

特甚至不能达到德莱塞一直很差的写作水准。”[46] 布卢姆进一步说，“或者比格尔·托马斯是一个有责任的意识，并因此具有深刻的罪孽，或者是只有白人世界有责任、有罪孽，但是，这意味着比格尔不再让人产生文学的兴趣，他变成了一种符号，而不是对于一种可能的人类进行的有说服力的描写。莱特……没有选择。”[47]

努斯鲍姆在《诗性正义》(*Poetic Justice*)中选择和讨论的文学作品是一条线索，它表明，文学本身并没有什么能够改善人类道德的东西，就像音乐或绘画或建筑没有这种东西一样。如果有的话，她就可以选择三部伟大得多的作品而不必担心它们的公开主题是否“自由派”。她对《金碗》就试图做这样的事情，但她产出了一种缩小了的解读。伟大的文学作品很难用作教益目的。努斯鲍姆选择《土生子》（暂不考虑场景的因素）而不是《奥赛罗》作为自己的种族小说，尽管后者是无比优秀的作品（可以说它不是小说，但又如何呢?），其原因可能就在于我们的多种族社会中的教育和公开观点中所包含的政治因素。《奥赛罗》中渗透了莎士比亚的社会的种族主义和性别歧视态度的痕迹，足以挫败任何把它用作灌输对黑人或妇女问题予以同情理解、或用作谴责种族偏见和性别歧视的工具的

323

[46] Bloom, “Introduction,” in *Richard Wright's* Native Son 1 (Harold Bloom ed. 1988). 在《土生子》和德莱塞的“法律”小说《美国悲剧》(*An American Tragedy*)之间有着很多的类似之处。

[47] Bloom, 上注 [46], 页 4。

企图。[48]这部戏剧确实在作为摩尔人*的奥赛罗同作为黑人的奥赛罗（“厚嘴唇，”第一幕第一场，行68**）之间含糊其辞。伊丽莎白时代的人不加区别地用“摩尔人”这个词指非洲人，而不是像我们一样区分北非人（以及在被赶出西班牙之前居住在该国的穆斯林军民，他们从前是征服者）和南撒哈拉非洲人。[49]但是这种含糊其词仅仅是放大了对奥赛罗的歧视，他在文化上而不是种族上的“摩尔人特性”表现于“他无法控制的激情……，他对手帕的迷信解释，［以及］他把谋杀苔丝狄蒙娜变成一种牺牲的仪式化努力。”[50]野兽变形的形象——一种奥维德风格的（Ovidian）倒置——大量存在，而野兽就是奥赛罗。[51]

莎士比亚是否意图让受众认为种族通婚不自然，这一点并不清楚。剧中有的人物认为不自然；其他人物则不这么认为。但是，莎士比亚的悲剧经常以一个不自然的行为开始，用它当作即将到来的

---

［48］关于伊丽莎白时代对黑人的仇视，请看 Karen Newman，“‘And wash the Ethiop white’：Femininity and the Monstrous in *Othello*，” in *Shakespeare Reproduced*：*The Text in History and Ideology* 143，148－149，153（Jean E. Howard and Marion F. O'Connor eds. 1987）. 关于《奥赛罗》本身的种族主义，请看 John Salway，“Veritable Negroes and Circumcised Dogs：Racial Disturbances in Shakespeare，” in *Shakespeare in the Changing Curriculum* 108－112，115－122（Lesley Aers and Nigel Wheale eds. 1991）.

* 一群由柏柏尔人和阿拉伯人后裔混合组成的穆斯林人，现在主要居住于非洲西北部。——译者

** 中译文引自朱生豪译，方平校，《奥赛罗》，载于《莎士比亚全集》（九），人民文学出版社，1978年，页281。——译者

［49］David Bevington，“Othello，the Moor of Venice，” in *The Complete Works of Shakespeare* 1117（David Bevington ed. 4th ed. 1992）. 芭芭拉·埃弗里特（Barbara Everett）在她的书 *Young Hamlet*：*Essays on Shakespeare's Tragedies*，ch. 9（1989）中论证说，该剧把奥赛罗描写为一个典型的西班牙摩尔人。

［50］Edward Berry，“Othello's Alienation，” 30 *Studies in English Literature 1500－1900* 315，317－318（1990）.

［51］Jonathan Bate，“Ovid and the Mature Tragedies：Metamorphosis in *Othello* and *King Lear*，” 41 *Shakespeare Survey* 133，136－137（1989）.

灾难的预兆，不管是考特（Cawdor）的叛变、乔特鲁德同她的小叔子结婚，还是李尔分割他的王国。可以肯定的是，奥赛罗被完全欺骗了，对妇女产生了丑恶的想法，并且犯了一桩可怕的罪，而他只有自杀才能得到救赎。莎士比亚的悲剧主人公中还有别人闷死过一个女人吗？

我们暂且同意奥赛罗是一个英雄人物，尽管他有着深刻的缺点。白人伊阿古恶毒得无与伦比。《奥赛罗》可以被解读为一部关于性别间相互误解的悲剧，而不是关于任何同种族有关系的事情。奥赛罗因为自己的军事生涯而同彬彬有礼的威尼斯社会相隔离，而且他是个外国人，这些都使他对威尼斯女人的性格无法形成一个真实的概念，而苔丝狄蒙娜因为她的社会阶级对妇女进行与世隔绝的教养而对男性一无所知。[52]另外一种可能性是，《奥赛罗》是一部“感觉的悲剧”，就像福克纳的小说《八月的光线》一样。因为剧中的其他人物不能接受奥赛罗“同样是人类但文化不同”，所以他（就像福克纳的乔·科里斯默斯，他是一个表面上看起来是白人的黑人）最终相信自己惟一的选择就是同化或者野蛮，并且他在这两个极端之间犹豫不决。[53]《奥赛罗》的最简单解读是，一个男人同比自己年轻得多的女人结婚，会有不安全感，并使他更容易吃醋，而醋意一旦被激起，就很难平息。

324

所以对《奥赛罗》存在着安全的解读，就像对福克纳和吐温一样，他们对种族问题的处理是同情的，但在现代人听起来却是麻木不仁。[54]但是我们对于伟大作家永远不会感到完全安全，特别是

[52] Gayle Greene, “‘This That You Call Love’: Sexual and Social Tragedy in *Othello*,” in *Shakespeare and Gender: A History* 47 (Deborah Barker and Ivo Kamps eds. 1995).

[53] Berry，上注〔50〕，页318。

[54] 关于吐温，请看Booth，上注〔9〕，页477。布思认为福克纳的作品“在一定程度上受到了性别歧视的损害”，同书，页405；他在讨论福克纳的时候没有提到种族主义。

对莎士比亚，值得重复的是，他的伟大之处“在于这样一个事实，即不论任何作品中表达的是什么明确的见解或主张，它们都完全戏剧化了——也就是说，被放在一个复杂的对话过程当中，这样它们就永远都不是单独作品的‘最终语汇’。”[55]

努斯鲍姆在《诗性正义》中选择并讨论的作品的另外一个特点是，这些作品已经过事先选择，这个特征同我前面的观点有关，即文学经典作品一定要经过大幅度缩水才能有教益效果。[56] 这些作品对社会问题采取的立场同努斯鲍姆自己的立场有着对应关系；选择它们是用来例证而不是来塑造她的道德立场。如果真的认为文学是伦理洞见的一个来源，那么批评者就应该研究和对比（而且老师会布置）反映不同伦理立场的文学作品。《艰难时世》会同《诺斯罗姆》或威廉·迪安·豪威尔（William Dean Howell）的《塞拉斯·莱泊汗姆发迹史》[57]放在一起，《莫里斯》会同《威尼斯之死》或者萨特的《一个领导者的童年》[58] 放在一起，而《土生子》会同《祭司王约翰》放在一起。或者我们会集中注意那些在我们现在看来是在道德中心周围摇摆的作品，比如《奥赛罗》或《傻瓜威尔逊》或《八月的光线》。相反，努斯鲍姆的伦理立场在研究开始之前就已经确定了，并提供了选择的标准、塑造了解释。

---

〔55〕 David Parker, *Ethics, Theory and the Novel* 60 (1994). 甚至狄更斯也不是安全的：《艰难时世》表达了他对工会的极端憎恶，《雾都孤儿》表达了他的反犹主义；他的大多数小说都有性别歧视。

〔56〕 请比较 Nussbaum, 上注〔8〕, 页 10。

〔57〕 其中的葛擂硬－边沁式的人物斯维尔牧师（the Reverend Sewell）处理得要比他在狄更斯小说中的对应人物有着更多的同情。请看 Wai Chee Dimock, *Residues of Justice: Literature, Law Philosophy*, ch.4 (1996).

〔58〕 载于萨特, *The Wall and Other Stories* 157 (1948). 萨特故事中的诱奸者是个超现实主义者，他的文物收藏中包括了粪便的仿真雕塑。他所诱奸的年轻男子被描写为在为性生活作准备时在他们旅馆房间的浴盆里尴尬地小便。通过大量的这种细节，萨特把同性恋与混乱、变态以及肮脏联系在一起。

《莫里斯》是由同性恋者、《土生子》是由黑人写作的，这一点是不是偶然？或者选择这些小说是不是对身份政治的申明，申明在文学经典中描写边缘群体的成员的权利，这样这些群体的其他成员会感到骄傲？描写可能会让他们中的一些人高兴起来，但不大可能改变任何人的偏见或行为。

詹姆斯·伯艾德·怀特的模范小说家是简·奥斯汀；现在让我们看一下他是怎样把她的“黑色”小说《曼斯菲尔德公园》放到法律与文学的经典当中的。[59]范妮·普里斯是一个贫穷的年轻女孩，她被带到富有的贵族亲属家里，不但为了能受到更好的养育，也是为了被蔑视、甚至被虐待，就像灰姑娘一样。但是她逐渐看穿了他们，并且在小说结尾得到了回报，同这一家人中最高雅——而且经过同她接触得到了很大改善——的成员结了婚。怀特让人颇感兴趣地强调的一点是，范妮有障碍既是因为她贫穷和受压迫、因此自尊和自主感不足，也是因为她必须用上流社会的语汇来思考和说话——她没有别的语汇。这种语汇以新话的方式颠倒了词语的正确含义，用良好的礼貌代替了良好的道德。这些情况阻碍了范妮摒弃她奢华的亲戚们的虚伪价值观。尽管怀特没有真这么说，但是他看起来是把《曼斯菲尔德公园》看作对一个过程的寓言，即受压迫的少数人为解放而斗争的过程。在怀特看来，这个过程的中心就是少数人要能足够流利地讲多数人强加给自己的语言，把这种语言正确的一面翻转到上面，让它表达少数人的需要和愿望。语言既是监狱，同时又是打开监狱的钥匙。

在简·奥斯汀的小说中存在着一种很强的说教因素，而且，因为我并不质疑怀特解读的有效性，所以我要是抱怨说他已经逃离了法律的地心引力那就可能看起来太狭隘。律师必须学会掌握语言才

---

〔59〕请看，White, *Acts of Hope: Creating Authority in Literature, Law, and Politics*, ch.6(1994)("Austen's *Mansfield Park*: Making the Self out of – and against – the Culture").

能避免被语言控制，但是用简·奥斯汀作为传授这一教训的媒介就像用华莱士·斯蒂文斯来非难法理学极端的做法一样牵强。像托马斯·格雷一样（请看第4章），怀特喜爱文学并且懂得法律，非常想要驾驭它们；但是它们可能会是难以驾驭的一对儿。

326

如果我们阅读文学不是为了就有关宗教或政治的问题、有关经济学或道德的问题形成更好的或更为正确的观点，那么我就必须考虑一下我们到底为什么要读文学。我们读文学可能是为了研究因文化距离或因文本的精密性或复杂性而难以阅读的文本，进而提高我们的阅读技巧。文学“调动了”（我会加上激发了和练习了）“我们很多最为复杂的感觉官能——我们对语言、人物、社会制度、政治、历史、道德的微妙知识；我们理解类比、类似、对比、重要的重复、省略、讽刺、双关语、甚至暗号的能力。”[60]时间检验又一次是有关的。能够通过这一检验的作品倾向于是开放的，并且“文本的开放性在这种快乐［阅读文学的快乐］中起着关键作用，因为读者是一种交流的接受者，这种交流同涂鸦或保险杆贴纸或电报不同，它提供了心智可以从中获取快乐的丰富多样的信息。”[61]

我们读文学可以是为了通过景仰表达大师而学会更好地表达自己。大多数卓著的法律作家，包括霍姆斯、卡多佐、汉德，都精通文学，尽管这部分反应了他们成长年代中精英教育的特点。在阅读文学时，我们也学习了那些远离我们自己、但还不至于无法辨识的文化、时代和感受的价值观和经历。并且我们在文学所创造的虚构世界中生活，从而间接地获得经验。[62]文学可以扩展我们的感情和

---

〔60〕 Robert Alter, *The Pleasures of Reading in an Ideological Age* 228 (1996).

〔61〕 同上。

〔62〕 Kendall L. Walton, *Mimesis as Make – Believe: On the Foundations of the Representational Arts* 273 (1990).

智识视野，一个想法通常可以比较直接地编码并大体上完整无缺地传递给另外一个人。感情就不同。我不能感觉到你的疼痛、你的悲伤。你可以用自己喜欢的全面细节来描述一个痛苦、它的来源以及它的后果，但我仍然无法经历这一切。你描述你有关变老、恋爱、失去某个朋友、商业失败、政治成功的感觉也是一样。但是，虚构文学可以使其读者对自己没有的经历产生情感的反应。我们阅读《李尔王》并且会感到一个失败的国王、那个邪恶的私生子、那些邪恶的女儿、那个好女儿、那个被弄瞎双眼的伯爵、那个忠实的家臣、那个不诚实的家臣、那个傻子都怎样——或者接近于怎样——感觉的。我们在《哈姆莱特》中经历了疯狂的苦痛挣扎以及英年早逝的剧痛，在《特务》中经历了根深蒂固的相互误解，在《比利·巴德》中经历了处于指挥位置上的孤寂，在叶芝晚期的诗歌中经历了意志的胜利。[63] 这就是普特南和努斯鲍姆所说的文学具有引导同情理解的作用。但是同情理解是不具有道德性的。你所努力进入、学着从其视角观察世界的心智，可能是一个米赫索、一个爱德蒙、一个拉夫卡迪奥、一个麦克白、一个科里奥兰纳斯、一个帖木耳、一个拷问者、一个虐待狂、甚至是一个希特勒（理查德·休斯的《阁楼里的狐狸》）的心智。说到希特勒，他对成千上万欧洲人的希望和恐惧有着无与伦比的洞见，难道他不是历史上有着最为发达的同情理解能力的人之一吗？

327

因为大多数文学、即使喜剧都是关于破坏、关于混乱的局面，所以文学可以暗示地教导人们怎样避免麻烦、怎样才能幸福，即使文学中没有很多实际的建议。按照这种观点，就像道德化的观点一样，文学可以改变我们，但这是在帮助我们更成功地进行生活游戏

---

〔63〕 Flint Schier, "Tragedy and the Community of Sentiment," in *Philosophy and Fiction: Essays in Literary Aesthetics* 73, 85 (Peter Lamarque ed. 1983). 所以《刑罚殖民地》可以被当作一个关于伟大文学作品对其读者的作用的寓言来阅读！

的意义上，而不是在使我们道德上更优越的意义上。如果给伦理学足够宽泛的定义，包括对“我该怎样生活?”这个问题的所有可能答案，包括基于利己主义的答案，[64]那么很多非道德的文学也可以是与伦理有关的，认为它们仍然是非道德的。但是，即使文学可以告诉我们怎样生活，这个想法也是我所不能接受的。文学不是咨询公司。更贴切的说法可能是，就像尼采说的，文学会帮助我们变成我们自己。文学中让我们感兴趣的那些人物和情境，在大多数情况下都是适用于我们自身和我们自己某些方面的那些人物和情境。[65]文学帮助我们理解自己的生活，帮助我们找到自己的身份。如果你不是事先就已经相信爱是这个世界上最重要的事情，那么你不大可能因为读了多恩、斯汤达或者高尔斯华绥就相信这一点。但是，通过阅读他们，你会意识到这就是你的观点，所以可以让你自己澄清自己。

但是，通过阅读文学所发现的“真你”，可能并不是一个浪漫主义者、一个谦恭的现代自由主义者或者一个过敏的超级平均主义者——即尼采所嘲笑的那类人，他们认为自己没有利爪就是好人。叶芝和海明威、哈格德（Haggard）和巴肯（Buchan）、纪德和卡缪、沃和庞德、梅勒（Mailer）和拉金（Larkin）、拉伯雷和德·萨德可能会比奥斯汀、乔伊斯和福斯特更忠实地表达你最深层次的自我。你可能更为喜欢《诺斯罗姆》和《吉姆老爷》中男子气的康拉德，而不是《特务》和《胜利》中（在我看来的）女人气的康拉德。因为“战争要比和平更为美丽”，[66]所以你可能会陶醉于叶芝写于第二

328

〔64〕请看 Bernard Williams, "The Point of View of the Universe: Sidgwick and the Ambitions of Ethics," in Williams, *Making Sense of Humanity, and Other Philosophical Papers 1982 – 1993* 153, 156 (1995).

〔65〕“文学所给予我们的知识具体来讲就是关于我们自己的知识。” Cleanth Brooks, *A Shaping Joy: Studies in the Writer's Craft* 10 (1971).

〔66〕Todorov，上注〔22〕，页 71。

次世界大战爆发前一年的《在本布尔本山下》中赞扬战争的那个诗节："你听到过米切尔的祷告声声：／'主呵，给我们的时代带来战争！'／你知道，当一切话儿都已说完，而一个人正在疯狂地鏖战，／从早已瞎的眼睛里落下了什么，／他完整了他不完整的思索，／于是有一会儿站得消停，／高声大笑，心里一片宁静。"* 对于知识的占有，不管是关于别人还是关于自己的知识，都不能保证它会用于道德的目的。我们作为读者，不但可能会同情小说中的极端利己主义者、流氓、诱奸者、征服者、精神病患者、骗子、不道德的人；也可以想像，通过从小说中更好地理解我们所遇到的天真脆弱的人、好人、慷慨大方的人，我们会提高自己为了达到自私目的而操纵别人的技巧。"能够从另外一个人的眼睛里看世界，这可能是我们同那个人进行战争时所持有的最有力的武器。"[67]

我并不想就布思和努斯鲍姆在阅读同友谊之间的类比进行争论。书呆子确实会同作者交朋友，更为常见的是同作者所写的人物交朋友。就像害羞的、颇有想像力的孩子会同想像中的事物或同人格化了的动物交朋友一样，羞怯的、有想像力的成人会同文学作品中的人物交朋友。但是友谊就代表善的事情吗？坏人就一定没有朋友吗？文学提供了多种多样可供选择的友谊可能性。其中很多友谊都是同邪恶、危险、不负责任的人之间的友谊——这些人是可怕的行为榜样。同他们交朋友就要冒被他们领上邪路的风险，就像被其他邪恶的同伴领上邪路一样。这并不是一个很大的风险；但是其对立面也不很大——我们在想像中同"好的"暗含作者和他的"好

* 中译文引自，"在本布尔本山下"，叶芝著，裘小龙译，《丽达与天鹅》，漓江出版社，1987年，页352。——译者

[67] Alexander Nehamas, "What Should We Expect from Reading? (There Are Only Aesthetic Values)," *Salmagundi*, 1996 Summer, pp.27, 50. 就一个好的读者可能是一个好人这个说法，Nehamas也指出了其中的自私自利性质，因为说这种话的人是在暗示他自己就是一个好的读者，所以也是一个好人。同上。这可以被认为是道德自豪感的一个例子。

人"角色交朋友，从而变成更好的人，这种可能性也不很大。

同强加给文学让读者变成更有道德感的个人这种作用相比，329 强调文学在自我认知方面的作用更站得住脚，但这仍然赋予了文学一种过于严肃、甚至清教徒的气氛。文学是艺术的一种，而且像其他艺术一样既产生知识又产生快乐。但是快乐有多种形式，文学的快乐又是难以描述的。[68]布赖恩·维克斯认为，"我们对文学作品的理解要比我们对自己生活的理解好得多，文学作品以一种生活很少达到的方式形成令人满意的整体、形成美学的和伦理的智识统一体。"[69]就像他的观点表明的一样，文学提供的愉悦可以是沉思的愉悦，而不是快活的、轻佻的、逃避现实的或感官的快乐。我甚至愿意冒听起来自相矛盾的风险说，这种愉悦可以是忧愁的愉悦——"忧愁中的恬美"（引自雪莱的《西风颂》）。自亚里士多德以来，哲学家们一直对一个矛盾现象迷惑不解，即在悲剧中描写灾难和不该发生的痛苦会在观众中产生愉悦的感受。[70]可能我们是克服了这些作品的残忍来享受它们的，[71]并且会因为理想的结局而更加喜欢它们，不管这种结局是多么做作，就像《工作》或者18世纪所表演的《李尔王》的结局一样。可能亚里士多德的宣泄理论有些可取之处——悲剧是我们的死亡游戏，并且我们乐于看到虚构人物代替我们去死。[72]

文学和其他艺术产生的一种特别的愉悦（或者可能更好的说法

---

[68] 请看，例如，Charles Altieri, "The Values of Articulation: Aesthetics after the Aesthetic Ideology," in *Beyond Representation: Philosophy and Poetic Imagination* 66 (Richard Eldridge ed. 1996).

[69] Vickers, *Appropriating Shakespeare: Contemporary Critical Quarrels* 143 (1993).

[70] 请看 Budd，上注［1］，页110－123；Walton，上注［62］，页255－259；Schier，上注［63］；A. D. Nuttall, *Why Does Tragedy Give Pleasure?* (1996).

[71] 同上，页104。

[72] 同上，页76－79。

是“满足”)，这种观点从道德化的视角看来特别异样，这种愉悦就是它对日常生活产生的回音壁效应。文学作品中描写的生活可以认为是人类的生活，所以同我们自己的生活类似，但是它更为激烈、更富有寓意。当我们阅读文学作品时，不论是像福斯特的《带风景的房间》这种出色的“轻”作品，还是像《罪与罚》这种风格的出色郁闷作品，不论它拥护的是浪漫主义价值观，还是看破红尘，我们至少在阅读时都在过着一种更加激烈的生活。我们看到了一种比我们的日常生存更“真实的”生活——更为具体、更有意义、更可理解、更为自恰、更为清醒，我们有着一种人类具有无限可能、一种兴奋的感觉（这是热爱艺术的人对一流博物馆的通常反应）。我们感觉到自己被放大；我们感觉欣喜若狂。这不是简单的享乐主义，但是尼采或海德格尔对它的理解要超出最为敏感的道德家，因为他们理解这是同一种权力和自我的感觉相联系，而不是同道德感相联系的。[73]

在文学中挖掘道德的指引甚至可能是危险的。请想一想文学中的那些暴力；莎士比亚的悲剧中被杀死的人不少于电视警匪片。文学同暴力和侵犯之间的亲和力并不是偶然的。文学中有着丰富的犯罪幻想；这是其吸引力的一个重要部分。我们这些胆怯的资产阶级可以陶醉于米赫索或拉夫卡迪奥、巴拉巴*或爱德蒙、美狄亚**或克利奥帕特拉的非道德化的自由。“诗歌语言天生就适合权力语

330

---

[73] “努斯鲍姆最大的弱点可能在于她对文学的处理上……尽管她反复确认有兴趣的道德哲学家或者法律理论家必须承认和尊重文学艺术的自主性，但是努斯鲍姆没能够在这部作品或者她的前一部作品中让人信服地论证她对文学的关心不仅仅是想要从中得出道德教益。” David Gorman, Review of *Poetic Justice*, 21 *Philosophy and Literature* 196, 198 (1997).

* 巴拉巴是《圣经》所载一犹太死囚名，经祭司长等怂恿，民众要求赦免此人而处死耶稣。——译者

** 美狄亚是科尔喀斯国的公主及女巫，她帮助伊阿宋取得了金黄色的羊毛织物，做了伊阿宋的妻子，又因伊阿宋的不忠诚而杀了他们的子女以图报复。——译者

言。想像力是一种夸张和排他的官能……，它通过不平等和不均衡寻求达到最大数量的当前兴奋……诗歌的原则是一种非常反对平衡的原则。它的目的是效果，它因对比而存在。它不承认任何中庸。它是一切过度的事情。它超越了痛苦和罪恶的普通标准……诗歌是真正的贵族。它用个体代表物种，把个体置于无限的群体之上，把强权放在公理之前。捕猎一群羊或一群野驴的狮子是比羊群和野驴更理想的对象。"[74]

文学可以起到治疗作用，[75]而更为常见的是起到安慰作用。这一价值同我在前面的观点相关，即文学总是集中注意混乱和危机。无神论者可以在莎士比亚的戏剧[76]或叶芝的诗所支持的禁欲价值里面找到宗教的替代品，或者在文学居住于一个没有时间的领域、从而不朽的这个意义里面找到宗教的替代品。所以文学的情感效果是多样化的。它让人高兴也让人感动，让人快乐也让人惊讶，让人平静也让人沉醉，让人放松也让人振奋。但是所有这些效果都是心理学的效果而不是道德的效果。请认真地对待爱德伽对他父亲的劝告（《李尔王》第五幕第二场，行 8－10）：

331

怎么？您又转起那种坏念头来了吗？
人们的生死都不是可以勉强求到的，

---

〔74〕 William Hazlitt, "*Coriolanus*," *in The Collected Works of William Hazlitt*, vol.8, pp.347－348 (A. R. Waller and Arnold Glover eds. 1903).这个观点类似于托多夫（Todorov）的观点。请看上注〔21〕的文本。

〔75〕 Morris Robert Morrison, "A Defense of Poetry Therapy," in *Poetry as Healer: Mending the Troubled Mind* 28 (Jack J. Leedy ed. 1985).

〔76〕 例如，Maynard Mack 在《李尔王》中看到了"莎士比亚的更具悲剧性的人类［我们］版本，其命运是学着去爱，却只是为了（或早或晚地）失去被爱的人，是通过痛苦和挣扎达到成熟，却只是为了去死"。Mack, King Lear *in Our Time* 79 (1965).

你应该甘心忍受天命的安排。*

这可以使我们更为坚强或更为自豪（甚或更为谦逊）；它不大可能使我们变得更好。我们不能说尽管莎士比亚不是一个平均主义者，但他对其他道德问题有着深刻的见解，例如，在刚刚引用的段落里面对逆境时的坚韧，并且我们是因为他的这些见解才重视他。斯多葛派的学者是道学家，坚忍克己的价值观在莎士比亚的很多戏剧当中都很明显，但是他并没有论证这些价值观。你可能阅读莎士比亚然后决定你是一个坚忍克己之人、或者你应该努力成为一个坚忍克己之人。但是，这只是再一次例证了文学可以帮助读者变成他或她在本质上就是的那种人（即他想要变成的那种人）——这并不一定是对读者现在的、较为不真实的自我进行的一种道德上的提升。

很多文学作品所提供的那种没有利害关系的、“为艺术而艺术”的愉悦同道德之间的距离特别遥远。这最为接近我们从视觉艺术、特别是抽象艺术中，以及从音乐、特别是器乐曲中所获的快感。这是在我们直面美丽时产生的愉悦。请考虑一下济慈《忧郁颂》的中间的诗节：

但当忧郁突然从天空降落
　　就像阴湿的云挟带雨滴，
扶起一切垂下头的小花，
　　把青山遮隐在四月的雾里；
那时你的志伤还滋养着
　　海波上的虹，早晨的玫瑰，
　　　以及那富丽的球形牡丹；

---

* 中译文引自朱生豪译、方平校，《李尔王》，载于《莎士比亚全集》（九），人民文学出版社，1978年，页260。——译者

或者，你的恋人如果盛怒难遏，
　　握着她的手，让她胡言乱语，
　　　深深领略她美丽无比的双眼。*

332 或者《荒原》第五部分中下面的诗节：

一个女人揪紧她的黑头发
当作琴弦奏出耳语般的音乐
长着孩子脸的蝙蝠在紫色的光中
飕飕地飞，拍击着翅膀
头朝下，爬进黑暗的墙根
而尖塔也在空中倒挂着
敲响引起回忆的钟，报着时辰
空水槽里、枯井里，有声音歌唱。**

这两个诗节都可以当作检验文学作品是否伟大的试金石（另外一个是莎士比亚对坐在自己画舫上的克利奥帕特拉的描写，我将在第11章引用）。但它们都没有值得一提的道德或信息内容。（从济慈的风格颂中引用的诗节不会对精神沮丧的人有任何帮助，并且它对妇女采取了一种傲慢态度。）它们具有的只是美感。尽管音乐性是它们吸引人的重要原因之一，但是音乐性确实无法同词语的意义分割开来，而这在歌曲中却常常可以做到。甚至毫无意义诗歌也要依

---

* 中译文引自，李昌陟译，《英国浪漫主义五大家诗选》，重庆出版社，2000年，页210。——译者

** 中译文引自赵毅衡译，“荒原”，载于裘良铮等译，紫芹选编，《T·S·艾略特诗选》，四川文艺出版社，1992年，页38－39。——译者

赖我们对其词语和句子的理解才能达到效果。[77] 尽管如此，我们仍然很难从我刚刚引用的诗节中提炼出任何道德，也提炼不出任何可以称之为信息的东西；甚至我在前面描述过的回音壁效果看起来也毫无声息了。

我们所称的美学享受不仅可以从诗歌中得到；像《陌生人》、《死人》、《欢乐之家》、《喧嚣与愤怒》、* 《丧钟为谁而鸣》、《金碗》以及《大白鲸》这样一些彼此之间如此迥异的散文体作品的吸引人之处也在于这些作品的形式特征——节奏的变化、声音和视角的转换、主题之间的呼应和反复、激起好奇心并延迟它得到满足的时间、紧张气氛的创造和释放、完全不同的元素之间的协调——这些特征都类似于器乐曲的特征。[78] 我们越是适应这些特征，我们就越是不关心暗含作者或真正作者的道德信念。形式上的特征并没有穷尽文学的价值和吸引力，但道德的特征几乎完全是干扰。

色情文学

有些人不同意上一部分的论证，认为文学可以让我们成为更好的人，这些人也倾向于认为，坏的文学作品可以让我们变得更坏。333 我在这里再一次引用厄文·克里斯托（Irving Kristol），“如果你相信没有人会因为一本书而变坏，那么你必须相信没有人因为一部书而

---

[77] 载于 *Through the Looking-Glass* 中的“Jabberwocky”是个例外；但是这首诗的脉络十分清晰，尽管生造出来的词当中有一些纯粹是为了唤起读者的感觉。（*Finnegans Wake* 也是这样。）在刚刚朗诵完这首诗之后，艾丽思（Alice）（以及读者）就被告知了这些生造的单词的含义。

* 威廉·福克纳的小说。——译者

[78] 关于“抽象的”（非声音的、非标题音乐的）音乐的特征，请看 Budd，上注[1]，页 164–169。

变好。"[79]这种观点促使一些道德化的批评者[80]去支持一些努力，即试图通过正式的或非正式的手段压制那些可能会被认为是鼓励暴力、歧视、性变态、无神论或其他受非难之行为和态度的文学作品。这样教益学派就削弱了对书报审查制度的反对。当然，对于任何认为文学之所以成为文学就必须要有教益作用、所以不道德的书在定义上就不是文学的人来说，取缔这些书籍并不会削弱文学的价值。但是我希望我已经成功证明了，"文学"不应该定义得如此狭隘。

因为销售无插图的书籍而受到刑事起诉，这在我们国家里已经很罕见了。但是公共图书馆，特别是公立学校的图书馆，在决定收藏什么书籍的时候会对社区压力作出反应，并且这种官方的、尽管是非正式的审查制度并没有显示出衰弱的迹象。私立学院和大学在愤怒的学生的刺激下、有时是在愤怒的教员或校友的推动下实行针对自己的书报审查制度。这种形式的审查制度看起来正处于上升阶段，并且其原因不仅仅是政治正确运动。进行非正式审查的压力不但来自于平均派的左翼也来自于宗教的右翼，它不但受到右翼的自由至上保守主义者的抵制，也受到左翼的公民自由至上主义者的反对。

有着些许色情内容的文学作品只是吸引审查者注意力的作品类型之一，但是，因为它受到了最多的注意，所以我集中讨论它。判决一部作品不是淫秽作品的最为著名的美国司法意见是伍尔塞法官在尤利西斯案中的判决。但是保罗·凡德海姆（Paul Vanderham）对伍尔塞法官的推理进行了有力的抨击。他逐个地批评了其中的四个

[79] Kristol, "Pornography, Obscenity and the Case for Censorship," *New York Times Magazine*, March 28, 1971, p.24.

[80] 无论如何，不是所有的。比如，努斯鲍姆反对政府对色情文学进行审查，至少反对政府对纯粹字面的色情文学进行审查。请看 Nussbaum，上注〔34〕，页 281～282。布思也是这样。

前提："第一，像［乔伊斯的］《尤利西斯》这样的文学作品同色情作品没有共同之处；第二，艺术的意图排除了其他可能反对或削弱法律所（正确地或错误地）支持之价值的那些——道德的、政治的或宗教的——意图；第三，*l'homme moyen sensuel*，* 即平常人，总是坚定地以美学的、所以是静态的方式对艺术作出反应；还有第四，一部文学作品的整体效果必然是其中任何一个单独部分的效果，而且，因为作为整体的《尤利西斯》在法律上并不是淫秽读物（在法律看来也没有什么其他危害），所以它的任何地方也都不是淫秽的、在任何地方都不是有害的。"[81] 第一个前提只是后面三个前提的推论，同后三个前提同生死共患难。第二个前提凡德海姆质疑得很正确　没有什么理由说作家就不应该写一部既有文学性又有色情性的书，也没有理由说作家的目的（不论简单或复杂、连贯或不连贯）就应该决定其作品的实际特征。而且（我现在进入第三个前提），不论作品中占支配地位的特征是什么，都无法阻止读者对作品进行一种与那个占支配地位的特征不一致的使用。最后，一部书中的色情段落所具有的激发性欲的效果可能并不会被周围那些没有催情作用的段落抵消，甚至可能会像我们将要看到的那样为它们加强。

尤利西斯案的判决存在着比法官意见中表述的理由更好的理由。请考虑一下是谁在阅读文学作品。文学是人们在高中、在学院和大学里以及在毕业以后阅读的。高中和大学的读者在很大程度上是非自愿的、难以驾驭的、无动于衷的受众。伟大的老师可以启发他们；但是伟大的老师很罕见。不管怎样，没有任何人建议要求学　334

* 法语，指有着性欲的正常男人。——译者

[81] Vanderham, "Lifting the Ban on *Ulysses*: The Well - Intentioned Lies of the Woolsey Decision," *Mosaic*, Dec.1994, pp.179, 194，讨论的是 United States v. One Book Called "Ulysses," 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933)，维持于，72 F.2d 705（第二联邦上诉法院，1934年）。

生阅读色情文学，甚至像《尤利西斯》这样一部在当前标准看来色情如此轻微的样品。所以不要管学生们。但是还有谁剩下了？美国人当中只有极其微小的一部分在大学毕业后还继续阅读严肃文学[82]——经典和等候成为经典的作品，这也顺带地支持了我的主张，即文学的高中和大学读者在大多数情况下无动于衷。那些在童年或成年早期点燃了热爱文学之火的人不会冷却下来。他们的人数一定非常少，因为经典作品的成年读者是如此之少。因为我们这个国家非常巨大，所以相对数量和绝对数量是不一样的。詹姆斯·乔伊斯有着成千上万的书迷，但是即使在他们加到全国所有其他文学迷的总数上之后，得到的总数很可能还是总人口中一个微小的、不断变老的部分。除了乔伊斯和其他文学巨擘在市场上的表现之外，印刷媒体也在同电子媒体相互竞争作为思想、信息和娱乐来源的过程中失利。这种竞争在色情领域要比在任何其他领域中都要更向电子媒体一边倒。用文字描述或再现性行为不大可能产生像照片或电影一样多的兴奋。

以文学作品无害或很少阅读为由来保护文学作品不受书报审查制度的侵犯，这可能看起来像是在使用一把双刃剑。如果文学对于我国的道德生活、甚至娱乐生活来讲处于边缘地带，给它以法律保护的理由看起来可能就不强于试图压制其中淫秽或不道德内容的理由。但是，文学除了给那一小部分出于热爱而不是义务而阅读的美国人带来知识和欢乐以外，文学还继续是高中和大学教育的一个重要组成部分，因为它能够扩展学生的想像力、增加他的文化视角、拓展他的智识和情感视野、给他提供一系列间接经历以及帮助他阅

335

〔82〕艺术、文学以及诗歌加到一起只占美国零售书籍（精装和简装都包括在内）的2%，这类书籍22%的购买者是在25岁以下。这个比例要远高于任何其他类型的书籍，并且表明了这一书籍市场中学生购买力的重要性。Book Industry Study Group, Inc., *1990/1991 Consumer Research Study on Book Purchasing* 17, 73 (1991).

读困难文本、表达复杂思想、具有说服力地写作和说话。学习文学不会使一个年轻人成为一个更正派的人，并且很可能不会使他对文学上瘾。但是学习文学可以使他变得聪明一点、成功一点。但是，文学教育并不要求给学生布置色情文学作为作业。

为了论证解释性散文比虚构文学更值得法律以言论自由的名义给予保护，弗雷德里克·肖尔（Frederick Schauer）声称，“如果我们说非虚构作品是指尽量精确地讲出全部事实的话，那么虚构作品就是寄生在非虚构作品上的。”[83]如果没有事实的概念，我们就不会对小说有概念，这是对的。但这也是无关的。描述的精确并没有穷尽事实的概念，就更不用说价值的概念了。科学模型常常牺牲描述的精确来换取解释和预测的力量，就像牛顿落体定律，它同事实相反的假定是，物体在真空中落下。这种反事实的假定是不是让牛顿定律变成了寄生在事实之上的虚构？亚里士多德把文学看作是从一堆混乱细节中进行的挑选，这类似于科学家的模型概念。有些虚构的东西要比非虚构的东西、甚至比一些精确的非虚构的东西更真实。

毫无疑问，废除所有的政治、科学或宗教表达要比废除所有的文学和艺术表达更糟。技术先进的、庸俗的民主政制要好于极权的艺术政制，但这永远不是我们实际需要作出的选择；实际的选择永远是要不要查禁一部具体的政治、艺术、科学或宗教作品。以这种方式进行边际评价，文学表达是否一定不如政治、科学或宗教表达有价值，这一点还远不清楚。我甚至也不确信肖尔的说法是正确的，他声称，社会因失去埃迪斯·华顿（Edith Wharton）的小说所受的伤害不会同因“剥夺了水门事件及其关联犯罪的曝光”所受的伤

[83] Frederick Schauer, "Liars, Novelists, and the Law of Defamation," 51 *Brooklyn Law Review* 233, 266 (1985).

害"一样多"。[84] 这可能仅仅是主修政治学的研究者的偏见。提及水门丑闻（其中自尼克松向下的大多数主要人物都是律师）让我们想起了这样一个事实，即在该丑闻刚刚结束之后，认证机构要求所有法学院开设有关法律伦理的必修课。有谁认为律师的伦理到今天有提高吗？伦理课的真正目的和惟一效果就是让几个外行人认为律师要比这些人更具道德感。

但是，让我们假定（又回到了色情文学），问题只是是否需要在当代"文学"中禁止淫秽内容——也就是那些希望取得文学地位、而又可能符合某种被承认的文学类型（小说、诗歌、戏剧或者短篇故事）的作品——尽管这些作品大多数永远不会都达到文学的地位，我们并不能自信地说，相对于它们之所以被阅读的质量，这些作品的道德内容是无关的、甚或是次要的。尽管如此，在一个相对主义的时代和一个多元化的社会中，就什么是不道德的表达达成一致意见的难度，加上扑灭一桩没有被害人的犯罪所需要的成本、可能寻求担任公共审查者的那些人不值得信赖、与此相关的会把文学毁灭在萌芽之中的危险——不但是通过压制特定的作品，还有通过导致自我审查——以及缺乏令人信服的证据证明不道德的虚构作品会导致不道德的行为，这一切都证明，允许政府以不道德为由查禁任何种类的非图画性作品都是站不住脚的。

336

但是，我们很容易夸大审查制度对文学构成的威胁，因为文学常常在审查者的眼皮底下茁壮成长。伊丽莎白时代的戏院受到了审查；实际上，针对英国戏院的正式审查制度直到最近才停止。《尤利西斯》在出版之后很多年都不能在英国和很多其他国家销售。亨利·米勒的小说，还有D·H·劳伦斯的《查泰莱夫人的情人》，直到20世纪60年代还不能在美国合法出售。直到最近，用赞许口吻描写同性恋还受到非正式却有效的禁止，废除《禁用词汇索引》也只

[84] 同书，页255。

是最近的事情。就像我在前面一章注意到的，有人论证说审查制度实际上让文学受益，因为它会使作者避开时事话题。福斯特经过了自我审查的《莫里斯》是他最弱的小说。并且，具有足够的煽动性、能够在一个没有废除审查制度的国家招致追诉的文学作品，在一个已经废除审查制度的国家会倾向于遇到出版商、售书商和图书馆非正式的毁灭性审查。苏联极权政治之下的审查制度，以及伊朗神权政治之下的审查制度，可以使文学创造力窒息；但是，西方民主制下较为温和的审查制度，除了使对性行为的细节描写延迟一两代加入虚构作品之外，几乎没有什么效果。而且那是在昨天。今天，社会对性描写的宽容度是如此之高，以至于很可能没有任何经典文学作品会超出其限度。最接近于超出其限度的可能是阿里斯托芬的戏剧，特别是《吕西斯特拉忒》（*Lysistrata*）（其主题是妻子们的性罢工），以及亨利·米勒的小说——而查禁这些作品的压力是零。尽管文化差异并不妨碍我们享受过去的文学作品（文学几乎在定义上就是过去的），但是其激发性欲的效果确实会渐渐消逝。这一点就穷尽了有关阿里斯托芬的争论。亨利·米勒例证了这一点，即在更为彬彬有礼的时代写就的骇人听闻的小说不会震动我们放肆的文化。

337

如果说有危害的话，那么，审查者究竟从明确描写性行为的文学作品中感到了什么具体危害，这一点一直是个谜；他们的主要担忧好像是，它会鼓励性自由和性实验，这样会削弱家庭。因为传统家庭是父权制的，我们可能会认为，想破坏父权制的那些女权主义者们会因此团结起来保卫色情文学。有些女权主义者已经这么做了。但有些极端女权主义者已经变成了色情文学最激烈的反对者，其理由是，它鼓励的不是性自由而是女性的从属地位。他们论证说，色情文学把女人描写为享受对男人的性服从，并因此刺激了男

人们去强奸、骚扰和歧视女人。[85]所以，他们想把规制色情文学的重点从过度直白的性描写（即老派审查者所禁止的那种事情）转移到对妇女的伤害上面。这种转移是一种不好的预兆，因为很多文学作品都赞成地描写妇女对于男人的从属（尽管这同描写女人享受那种从属——这是色情文学的女权主义反对者的具体担忧——并不是一回事，但也存在很多那种描写）。请考虑一下《伊利亚特》中的布里塞伊斯和克律塞伊斯，她们被描写得比动产好不到哪里去。或者《驯悍记》中对凯特的羞辱。《圣经》含有很多厌恶女人的例子，从把男人的堕落归咎于夏娃开始。《失乐园》也是一样，就更不用说《欧墨尼得斯》了——罗列起来没有穷尽。加拿大海关官员们把关于色情文学的女权主义立场的一个版本规定为法律，他们没收过奥斯卡·王尔德、玛格丽特·杜拉丝和其他人的文学作品——包括安德里亚·德沃金（Andrea Dworkin）的作品。[86]尽管还不清楚这些没收行为在何种程度上是以这个新法律为动力的，以及它们在什么程度上反映了先前存在的法律，但是它们是对审查"色情文学"的危险警告。

338 凯瑟琳·麦金农的立场可以解释为，她不关心自己的非法色情

---

〔85〕对色情文学的女权主义进路的概述见于 K. K. Ruthven, *Feminist Literary Studies: An Introduction* 87 - 90（1984）. 更为完整的陈述，请看 Andrea Dworkin, *Pornography: Men Possessing Women*（1981）; Catharine A. MacKinnon, *Only Words*（1993）; *Take Back the Night: Women on Pornography*（Laura Lederer ed 1980）. 但是，并不是所有极端女权主义者都希望查禁色情文学。请看 Carlin Meyer, "Sex, Sin, and Women's Liberation: Against Porn - Suppression," 72 *Texas Law Review* 1097（1994）; Robin West, "The Feminist - Conservative Anti - Pornography Alliance and the 1986 Attorney General's Commission on Pornography Report," 1987 *American Bar Foundation Research Journal* 681.

〔86〕Nadin Strossen, *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights* 229 - 239（1995）. 玛格丽特·艾特伍德（Margaret Atwood）和乔伊斯·卡罗尔·欧茨（Joyce Carol Oates）属于这样一些女性作家，在加拿大法律下，她们对虐待妇女进行的生动细致的描写可以让她们的作品受到查禁。

文学定义偶尔也包括了古典作品："如果女人都成了附属品，那么这部作品即使有别的价值又有什么用呢？在男人中间换得一部作品价值的东西可能会增加其对女人的损害。在女权主义看来，文学、艺术、科学以及政治的现存标准特别符合色情文学的方式、含义以及寓意。"[87]一个更容易妥协的女权主义者可能不会找美学价值的麻烦，但可能会转而论证说，如果只查禁直白性描写的作品，那么对文学的威胁就很小，因为到底会有多少文学是直白描写性的？答案是，很多。在他们自己时代（在我的一些例子中，在他们的时代之后的几个世纪、甚至是几千年）的标准看来是直白性描写的文学作品作者包括阿里斯托芬、薄伽丘、拉伯雷、乔伊斯、还有劳伦斯。约翰·米林顿·辛格（John Millington Synge）的《西方世界的花花公子》（*The Playboy of the Western World*）在首次表演时（1907年）被认为是淫秽的，因为它用"变换"（shift）这个词来指女人的内衣。[88]一些在今天标准看来是直白性描写的作品可能有一天会被承认是伟大的文学作品——除非色情文学的宽泛定义吓住了它们的创作。反过来，标准也可能会变得更为保守。按那种情况下，按今天的宽容标准看来并不直白的文学作品可能将来会被认为是直白的。莎士比亚在19世纪看来过于淫秽，并且其中猥亵不当的部分遭到了删节；乔伊斯对21世纪来说可能会过于淫秽。

为麦金农说句公道话，她并不是为描写性行为的本身所困扰，即使在这些描写如此细致、如此直白以至于可以被认为是淫秽描写的时候，她也不；相反，困扰她的是，描写性行为的方式是算计用

339

[87] MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* 202 (1989)（脚注已省略）.但是，可能"如果女人都成了附属品……？"是一个真正的问题，而不是像它表面上看来的那样是个反问。

[88] Hugh Kenner, *A Colder Eye: The Modern Irish Writers* 20 – 21 (1983).关于文学中描写性的各种趋向，请看 Charles I. Glicksberg, *The Sexual Revolution in Modern American Literature* (1971); Glicksberg, *The Sexual Revolution in Modern English Literature* (1973).

来煽动男性暴力的；这也就是为什么她更喜欢“色情”而不是“淫秽”这个词。而且她同安德里亚·德沃金一同起草的反色情法令要求逐案证明被告宣扬的色情对原告造成了有形伤害，比如煽动了一个顾客去强奸她。因为，除了罕见的“复印机”式犯罪中，犯罪人上演他读过的某部书中的脚本，或者更常见地，上演了他看过的一部电影，否则这样的证明很难做到，所以这部法令可能不会有什么效果。但这是它可以用来弥补缺点的优点，而不是其正面的价值；想要有效地查禁色情读物会是一项庞大的任务，因为这会把执行成本堆叠在文学损失之上——而这又会得到什么收益呢？能够证明把妇女描写为从属男人的、直白描写性行为的文学造成损害的证据，仅仅限于有关胁迫和性虐待色情片模特和女演员的报告（这些证据同非图画的色情材料不存在相关性）、以及那些发现暴力的色情内容可能引起男性大学生对妇女产生侵犯性情绪的实验室研究。不认为色情材料有害的证据是，一个社会的色情材料数量或容忍程度同该社会的强奸发案率以及其他有关妇女地位的指数之间不存在始终如一的相关性。[89]

女权主义者关心的不但是色情材料对针对妇女的暴力所产生的作用，他们还关心他们认为的它有助长性别成见的倾向，比如妇女只是男人的性玩物这个成见，他们关心这些成见对在工作场所对待妇女的态度造成什么后果。色情书籍是否具有这种倾向和这种后果不得而知，但是看起来不大可能。色情材料的目的并不要提供一幅妇女的现实写照，并且也没有人预期它会这样。它也并不总是把她们描写得顺从和矜持；它常常把她们写得在性方面富于攻击性；那

---

[89] 对有关色情文学的效果的证据进行的评论，请看我的书 *Overcoming Law*，上注[20]，页 361 – 363，以及 *Sex and Reason* 366 – 374（1992）；也请看 Paul R. Abramson and Steven D. Pinkerton, *With Pleasure: Thoughts on the Nature of Human Sexuality* 188 – 190（1995）。就像我在前面提到的，没有让人信服的证据证明色情材料、特别是非图画的色情材料会引发不道德行为，这一点暗示着，具有教益作用的文学作品不大可能导致道德的行为。

是色情材料的一个传统转义。如果像极端女权主义者认为的那样，色情材料能够加强保守主义者有关妇女地位的信念，那么社会保守主义者为什么会如此担忧色情材料？色情材料在父权制社会中受到查禁，在平等主义社会中繁荣昌盛，极端女权主义者无法解释这个规律。

而且，一个人的成见可能是另外一个人的真理。如果对色情材料是因为它会导致可能产生严重后果的虚假或有害观念，[90] 那么直白性描写这个切入角度就是一个转移注意力的东西，而我们所面对的是对言论自由和新闻自由的大规模挑战。因为这种挑战是文学批评中教益学派的逻辑终点，所以让我们对该学派的计划产生了进一步怀疑。如果文学应该因其道德内容而受到重视，那么它也就应该一样因其不道德的内容而受到声讨。结果就会从两个方向上损毁了文学经典。教益性的作品受到突出，而非教益性的作品受到驱逐，其结果就像大卫·洛奇在评论年轻美国小说作家的一个文选时描述的："说出或写下任何可能冒犯任何个人或团体的价值观、自我认识、对文化和种族的感觉、宗教信仰或特别利益的东西都遭遇愤懑或被明确禁止，这并不是初露头角的文学想像力可能得以繁盛的智识环境。重要的作家常常是具有反叛性的、自大的、无礼的、甚至令人无法容忍的……政治正确鼓励小心翼翼、眼界狭隘以及自我审查。"[91]

340

---

[90] 这并不是麦金农的反对意见。她的色情材料概念是一种直接作用于阴茎的刺激，不经过大脑的媒介。"「色情材料」的信息……是'得到她'……这一信息被直接传送到阴茎，通过勃起进行交付，并且发泄到真实世界中的女人身上。" MacKinnon，上注[85]，页21。但是，就像麦金农的很多作品一样，我们很难知道这个段落究竟应该怎样阅读。

[91] Lodge, "O Ye Laurels," *New York Review of Books*, Aug 8, 1996, pp.16, 20。也请看 Steven G. Gey, "The Case against Postmodern Censorship Theory," 145 *University of Pennsylvania Law Review* 193 (1996)，以及 Alan Soble, *Sexual Investigations*, ch.6 (1996).

一个相关的让人愤慨的例子是叶芝的《丽达与天鹅》：

> 猝然猛袭：硕大的翅膀拍击
> 那摇摇晃晃的姑娘，黑色的蹼爱抚
> 她的大腿，他的嘴咬住她的脖子，
> 他把她无力的胸脯紧贴他的胸脯。
>
> 她受惊的、意念模糊的手指又怎能
> 从她松开的大腿中推开毛茸茸的光荣？
> 躺在洁白的灯心草丛，她的身体怎能
> 不感觉卧倒处那奇特的心的跳动？
>
> 腰肢猛一颤动，于是那里就产生
> 残破的墙垣、燃烧的屋顶和塔颠，
> 阿伽门农死去。
> 　　因为这样被征服，
> 这样被天空中野性的血液所欺凌，
> 在那一意孤行的嘴放她下来之前，
> 她是否用他的力量骗得了他的知识？*

341 这首诗极为生动（特别是那个“洁白的灯心草丛”），没有批评强奸，并且可以被解释为表达了诗人、甚至也可能是被害者对强奸的

* 中译文引自，叶芝，“丽达与天鹅，”《丽达与天鹅》，裘小龙译，漓江出版社，1987年，页183。——译者

赞同。[92] 它是对天使报喜进行的亵渎神灵的戏仿，所以是《第二次来临》中渎神的基督诞生的姊妹篇。这首诗可以被认为是对基督教以及对女性的侮辱。[93] 但它是一首伟大的诗歌。女权主义法理学所面临的挑战是要给出一个有原则的、合理确定的标准，用以决定在什么时候文学作品应该因其嫌忌女人的内容或后果而受到查禁。

这个标准的适用同它本身一样重要。我认为它的作用会很差，我提出的证据包括加拿大最近的经验，还有一个联邦上诉法院在1953年作出的判决，该判决支持根据一项禁止进口淫秽图书的联邦法律而销毁《北回归线》和《南回归线》。[94] 按照这个判决，米勒的两部小说是污秽、堕落的"粘人的粘液"。色情插曲并不是"可能让很多人厌恶的十足丑陋"，而是"用机敏的场景、灵巧的叙述以及比下流语言还要可怕的词汇来引人上钩"（页145）。"用肮脏的词语描写甜美、高尚的东西，特别是描写性和生殖神秘，使淫秽达到极致"（页146）。基于文化相对性的理由，意见让人费解地区别了淫秽的古典作家；意见中有些暗示说，他们若是在今天写作，那麻烦可就大了："我们对阿里斯托芬和他的时代并不熟悉，但我们知道，他们的时代不同于我们的时代。我们碰巧读过乔叟，并且我们知道，他的时代也与我们的不同。薄伽丘令人毛骨悚然。《圣经》也不是没有讲述不道德的做法。但是，那些依据《圣经》

[92] 它也呼应着这一论证，即"被害者身体的美丽以及男人的兽性形象充满了有关针对妇女的暴力犯罪的法律描述之中"，Lisa Binder, "Law and Literature: 'With More Than Admiration He Admired': Images of Beauty and Defilement in Judicial Narratives of Rape," 18 *Harvard Women's Law Journal* 265 (1995)。尽管该诗中的美丽并不是强奸受害者本人，而是强奸所产生的孩子（海伦［Helen］）。

[93] 请看 Elizabeth Butler Cullingford, "The Case of Yeats's 'Leda and the Swan,'" in *Representing Women*，上注［14］，页165，174－185。

[94] Besig v. United States, 208 F.2d 142（联邦第九上诉法院，1953年）。

最初创作的语言翻译的译者们，并没有以耸人听闻的、米勒式的、道德败坏的文字生动描述这些做法”（页 146)。后来法院看起来是在回收自己的暗示，即古典作家可以因在较为野蛮的时代写作而得到原谅：“我们冒险作出断言，存在着一种基本的、可能是普遍的一致意见，即存在着一种同性有关的端正的微妙状态，并且那些有意用一般认为是下流的语言蔑视这种微妙关系的作品就落在了该法典禁止的范围之内”（页 147)。

342 有些时候，该法院好像是暗示，人类体验中的一定方面（比如排泄）、甚至肮脏的词汇对道德艺术家来说也是越轨的，在另外一些时候，该法院又像是在暗示，要是米勒以自责或谴责的态度来描写他肮脏的主题，那么他就可能避免给这部书打上淫秽标记的那种道德沦丧的风格。在一些段落里，法院好像承认，米勒的小说有文学价值，尽管其文学价值还不足以让它们避免淫秽的指控；在其他地方法院又主张，它们的文学价值使它们更加危险；在其他地方法院暗示，它们仅有的文学价值就是描写生时很圆滑，而这本身就是色情的；在其他地方，法院只承认非色情的场景具有文学价值，但是这些场景出现的频率不足以拯救该作品；而在另外一些地方法院暗示，一部作品只要有一处令人愤怒的地方就可以宣告为淫秽作品，不论这个地方同该作品的文学结构是多么地有机一体。我们被鼓励去考虑这样一种可能性，即老人受到亨利·米勒的小说刺激去进行严重的性犯罪：“在成人手里，甚至是在那些日暮黄昏的人手里，淫荡的印刷品很可能煽动起令人作呕的行为以及骇人听闻的犯罪”（页 146)。

比西格案的意见是如此愚蠢可笑，以至于它要是作为对审查制度的戏仿，我们都会认为它过火了。但是，它在内容方面接近女权主义立场。这些法官在阅读色情材料同性犯罪之间极具猜测性的联

系，贬低了美学价值，[95] 从而轻易地结论说，允许美国人阅读米勒小说的社会成本超出了其社会收益。法院还不仅仅是诋毁了美学价值。它还暗示，一部不道德的作品写得越好就越糟糕，因为这种作品会解除读者的防备。在批评努力好好写作的法官时，勒瓦尔（Leval）法官脑子里想的好像是类似的东西（请看第8章）；他们是试图用美感剥夺读者的理性官能能力。

审查制度的历史通常被讲成一个充满了愚蠢和无用功的故事，比西格诉美国案就支持了这种描述。但是，一种如此普遍、持久的制度并不能让人信服地只被归咎于公众的愚蠢和自命的审查者们的淫秽利益。罗伯特·达恩顿（Robert Darnton）对18世纪法国非法文学作品的研究表明，文学可以影响公众意见，而且所这些文学作品在引发法国大革命当中起了一定作用。[96]审查者们试图但没有成功查禁的那些书籍和小册子"以两种方式塑造了公众意见：它们把不满固定到了印刷品里（保持和散布了消息），并且把它变成了叙事（把只言片语变成连贯的论述）。"[97]但是，具有这些效果的文献主要是那个时期的政治文献，而不是色情文学，后者主要被认为是自慰的辅助物。[98] 审查者并不担心自慰。他们反对色情文学的意见

---

〔95〕 请注意法院承认自己对古典作品无知时表现的那种自满。

〔96〕 Darnton, *The Forbidden Best-Sellers of Pre-Revolutionary France*, ch.10 (1995).

〔97〕 同上，页191。请比较 Steven L. Winter, " The Cognitive Dimension of the *Agon* between Legal Power and Narrative Meaning," 87 *Michigan Law Review* 2225, 2272 (1989).

〔98〕 Darnton，上注〔96〕，页103，222。当今审查制度的女权主义支持者们并不关心自慰的辅助物。而且，那部18世纪法国色情小说描写了"一个自由性爱、自由思考的女性启蒙思想家［的］……幻想"。同上，页114。它促进了女性主义的和革命的事业，就像《吕西斯特拉忒》一样。色情材料常常是被同性自由而不是被同父权制联系起来。

主要是这些作品中常常混合着的政治和反教权主义主题。[99]

这些都是细节。审查制度这一古老做法是一种盛行的、而且并非不合情理的信念的证据，即图书，包括常常成为审查制度靶子的虚构作品，可能产生道德和政治的效果。这一信念涉及到伦理批评这个一般性问题。我论证过，美学传统并不否认文学可能产生道德和政治的效果。但是文学审查制度的衰落证明，那些效果已经变得微不足道了。原因是教育的兴旺，它已经把人们变成了更具批判力的读者，以及印刷媒体重要性也下降了。自柏拉图以来，审查制度的支持者一直担心书籍会落到这样一些人的手里，他们没有智识上的能力，无法抵抗虚构文学作品中颠覆性的和亵渎神明的哄骗之词。“在电视和收音机并不挑战印刷品的时代里，书籍以一种我们今天很难想像的力量激起感情、搅动思想。”[100]任何强有力的思想来源都肯定会被担忧自己控制国民的能力的政府所怀疑。可能人们花在读书上的时间同以前一样多，[101]但在我们的社会里，虚构的图书不再是价值观或者公众意见的强有力塑造者，而政府也不再担

〔99〕 请看 Darnton，上注〔96〕，第3章。同凡德海姆对尤利西斯案中的意见所进行的一个批评相一致，18世纪法国色情文学中出现的政治和哲学段落看起来并没有减少这些作品的色情效果，并且因为强调了它们的违法性而在实际上提高了这种效果。

〔100〕 Darnton，上注〔96〕，页217。保罗和弗朗西斯卡是在一起读一部书（一部关于典雅爱情的书）的时候坠入爱河的，产生了致命的后果。裘利安·索列尔是在阅读拿破仑自传的时候产生了致命的野心。艾玛·包法利（Emma Bovary）和堂·吉诃德是因为阅读浪漫传奇故事而误入歧途。而且请回忆哈姆莱特是怎样试图用表演一出戏剧来使国王去职——这可能呼应着1601年的一个事件，艾塞克斯郡伯爵请莎士比亚的公司在艾塞克斯叛变前夜特别演出一场《理查德二世》，以争取对反叛的支持，但却并不成功。请看 Louis Montrose, *The Purpose of Playing: Shakespeare and the Cultural Politics of the Elizabethan Theatre*, chs.5, 7 (1996).

〔101〕 U.S. Dept. of Commerce, Bureau of the Census, *Statistical Abstract of the United States 1995* 255、572 (115th ed.1995) (sers. 406, 407, 899); Malcolm Gladwell, "Six Days a Week, the Library Is Closed: Inner Cities Aren't Sharing in America's Resurgence of Reading," *Washington Post*, April 6, 1993, p.A1.

心会发生革命了。

那些有关虚构文学作品无害的声明必须予以限定：它们并不普遍适用；它们受时间和地点限制。但是，在我们的时间和我们的地点，非图画的虚构文学为善和作恶都没有太大的力量。律师们和法官们不会因为在文学中搜寻伦理洞识就变成更好的人。普通读者也不会因为在色情材料中寻求情欲刺激就变成更糟的人。 344

▼
▼
▼

第十章

真实的谎言？叙事体的法律学术

法律叙事学运动

345

我在前一章提到过，有关当代社会问题，比如种族和性，很难在文学中找到我们渴望的道德态度的典型。一些法学教授已经决定亲自提供这些典型，他们的办法是写作故事。相对于仅仅论证法律思想中应赋予虚构文学更重要角色的传统法律与文学学术来讲，这是一个大胆的、尽管是值得质疑的进步。尽管法学教授就法律主题撰写小说并不是全新的现象，[1]但是新的法律“叙事学”的规模及其占支配地位的“对抗”性质却是崭新的。并且，“故事”（或“叙事”）同“虚构”并不是同义词。柏拉图的对话是虚构的，但不是故事。并且，一个故事可以是真的也可以是假的，而一部小说，即使并不完全是“虚构的”，却总含有虚假的细节，尽管其中常常大量混合着毫无夸张的事实——例如一系列真实人物，他们只是粗

---

〔1〕 请看，例如，Norval Morris, *Madness and the Criminal Law*, chs.1、3（1982）; Morris, *The Borstal Boy and Other Parables of the Law*（1992）; Lon L. Fuller, “The Case of the Speluncean Explorers,” 62 *Harvard Law Review* 616（1949）.

略地伪装成虚构人物，有时甚至根本不做伪装。

一些法律叙事学者，比如德里克·贝尔（Derrick Bell），直接写小说，在他的例子里是科幻小说故事，并且就以此面目出现在读者面前。其他人则写作自传性质的故事，以毫不夸张的真实面目出现在读者面前；但这些故事不但无法验证，而且故事的样式、有时的具体细节都损害了它们的可信性。[2] 自传性的法律学术逐渐变为传记性的法律学术，我将在本章有关司法传记的第二节进行讨论，司法传记是传记性法律学术最为常见的形式。司法传记是法律叙事学的乖弟弟。

法律叙事学家撰写的故事进行了明确的说教，所以招致了伦理批评。我对这些故事的美学维度进行的探讨将局限在美学维度对完成小说的说教目标有影响的范围之内。但并不是这些目标才使之成为我所应该采取的正确进路；大量的文学作品在其起源上是说教的。我的理由是，这些故事中的大多数除了说教以外乏善可陈。 346

一个故事是一系列的事件，这些事件被创造、选择、强调或安排的方式是为了使之生动、解释、提供信息或教益。故事“必须有开头、中间以及结尾”，并且必须要“这样建构，以保证听者、观众或读者的头脑［可以］接受开始、中间和结尾之间的关系”并

---

〔2〕 Anne M. Coughlin, "Regulating the Self: Autobiographical Performances in Outsider Scholarship," 81 *Virginia Law Review* 1229 (1995). 就像学院派法律中的很多发展一样，面向自传的转型也可以在文学研究中找到。请看 Adam Begley, "The I's Have It: Duke Professors Affirm Themselves," *Lingua Franca*, March /April 1994, p.54.

“看到结尾是为一个过程决定的”。[3]故事不一定要真实，但它必须要连贯、可以理解和有意义——请回忆达恩顿就叙事把只言片语变成连贯论述的作用所作的评论。

讲故事在历史、传记、文学以及宗教中随处可见，它也在其他领域中扮演了相对较小但仍旧重要的角色。这其他的领域中就有法律。在审判当中，原告和被告各讲一个故事——实际上是把他们“真实的”或原始的故事翻译成法律认可的叙事或修辞形式——然后陪审团从中选择自己更喜欢的故事。（如果是一个刑事案件，并且被告的供述被放进了证据当中，那么就有了故事中的故事。）这并不是法律对审判过程进行概念化的方式。法律要求原告以优势证据，或者在刑事案件中要以不存在合乎情理之怀疑为标准，证明他诉求中的每一个因素，被告在进行积极抗辩时也一样。但是，如果把审判过程的这种官方表述当真，那么原告就会在他们的诉求实际

[3] Peter Brooks, "The Law as Narrative and Rhetoric," in *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* 14, 17 (Peter Brooks and Paul Gewirtz eds.1996). *Law's Stories* 是对法律叙事学运动的一个不错的介绍，也请看 Symposium, *Legal Storytelling*, 87 *Michigan Law Review* 2073 (1989); *Pedagogy of Narrative: A Symposium*, 40 *Journal of Legal Education* 1 (1990); Nancy L. Cook, "Outside the Tradition: Literature as Legal Scholarship," 63 *University of Cincinnati Law Review* 95 (1994); William N. Eskridge, Jr., "Gaylegal Narratives," 46 *Stanford Law Review* 607 (1994); Arthur Austin, "Evaluating Storytelling as a Type of Nontraditional Scholarship," 74 *Nebraska Law Review* 479 (1995); Robert L. Hayman, Jr. and Nancy Levit, "The Tales of White Folk: Doctrine, Narrative, and the Reconstruction of Racial Reality," 84 *California Law Review* 377 (1996).

上不大可能有根据的案件中胜诉。[4] 在审判中真正发生的事情是，每一方都努力让陪审团相信自己的故事更可信。[5]

由于坚持要求允许被告讲一个有关自己生活的丝毫不受限制的故事，以说服陪审团自己不应该被判死刑，最高法院放大了死罪审判量刑阶段中的讲故事因素。最高法院最近还决定，应允许被害者的家人给陪审团讲一个有关缺席被害人的故事，用以平衡被告的故事。[6]

347

司法意见具有一种讲故事的因素——大多数意见以叙述案件事实开篇。卡多佐的事实陈述因其文学技巧受到了应有的赞誉，这些技巧主要表现在他聪明地强调了一些事实以及聪明地隐瞒了其他事实。[7] 勒尼德·汉德的版权法意见中的文学手腕也表现了相当的叙事技巧。一些法官试图把他们的整个意见写成有关当事方争议的故事，使用时间顺序而不是逻辑或分析的结构来组织意见。法官也必须知道什么时候不应该讲故事。在布朗诉教育委员会案（*Brown v. Board of Education*）中，最高法院不去叙述南部黑人受压迫的历史就是正确的，尽管那段历史是理解种族隔离的学校教育之危害所必

---

〔4〕 Ronald J. Allen, "A Reconceptualization of Civil Trials," 66 *Boston University Law Review* 401 (1986); Allen, "The Nature of Juridical Proof," 13 *Cardozo Law Review* 373, 409 – 420 (1991). 假定在一个具体的侵权案件当中，原告必须证明三样东西才能在他的 10 万美元人身损害赔偿请求中胜诉（请忽略被告可能拥有的积极抗辩）：被告有疏忽，他的疏忽导致了对原告的伤害，以及该伤害给原告造成了至少 10 万美元的损失。假定每一个主张有 0.51 的概率是真实的，那么所有三个主张都是真实的（假定它们是彼此独立的）概率只有 0.13 (0.51 × 0.51 × 0.51)。但是，在这些假定之下，按照证明过程的官方版本，它只要求原告以最低限度的优势证据证明自己情形中的每一个因素，那么原告就已经证明了自己的主张！

〔5〕 刑事审判的讲故事的、实际上是创造神话的潜力是一篇杰出的论文的主题，Robert A. Ferguson, "Story and Transcription in the Trial of John Brown," 6 *Yale Journal of Law and the Humanities* 37 (1994).

〔6〕 Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808 (1991).

〔7〕 请看拙作 *Cardozo: A Study in Reputation* 42 (1990).

须的背景。这样的叙述会使南方各州更难接受这个判决。联邦最高法院在布朗案中依赖社会科学而不是叙事，这种做法已经受到了尖锐、经常的批评；在一部关于法律叙事的书中，最高法院的这一选择却受到辩护，这是多么具有讽刺意味、多么能说明问题！[8]

批判种族理论家和极端女权主义者使用有关压迫的故事来刺激读者，使他们更生动地意识到受压迫者的苦难。[9]这种文学与死刑案件中有关影响被害人的证据联系起来，因为那种证据“包括被害的和被压制的人们的故事，他们是［法律］讲故事运动中很多人通常关注的人。”[10]叙事学家们并不喜欢这一点；他们不喜欢死刑，而允许有关受害人受影响的陈述是算计用来增加判处死刑案件数量的。[11]但是，如果允许被告请求宽恕，那么就应允许缺席的原告恳求正义——就像哈姆莱特父亲的鬼魂，或者《唐璜》中的骑士长一样，这种论证具有强大的吸引力。

348

尽管文学理论长期以来把叙事当作虚构文学的一个普遍特征予

---

〔8〕 Stanford Levinson, "The Rhetoric of the Judicial Opinion," in *Law's Stories*, 上注〔3〕, 页 187.

〔9〕 请看 Cook, 上注〔3〕。也请看 *Representing Women: Law, Literature, and Feminism* 357, 358 (Susan Sage Heinzelman and Zipporah Batshaw Wiseman eds. 1994); Derrick A. Bell, "Who's Afraid of Critical Race Thoery?" 1995 *University of Illinois Law Review* 893, 906 (1995).

〔10〕 Paul Gewirtz, "Victims and Voyeurs: Two Narrative Problems at the Criminal Trial," in *Law's Stories*, 上注〔3〕, 页 135, 143.

〔11〕 反对采信有关被害人受影响的证据的那些法律叙事学的支持者们强调了他们对死刑的反对。Martha C. Nussbaum, "Equity and Mercy," 22 *Philosophy and Public Affairs* 83, 119, 121 注〔93〕(1993); Susan Bandes, "Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements," 63 *University of Chicago Law Review* 361, 392 n.156 (1996).

以关注，[12]但是法律叙事学家并不太多讨论那些使叙事彼此相互区别以及使它们区别于其他表达手法的文学技术。法律叙事学的工作是讲故事，而不是反思讲故事的技术。这些技术包括：叙事人的选择（从愚笨的叙事人到无所不知的叙事人），建构一个暗含的作者（他可能既不同于真实作者也不同于叙事人），使用或不使用描写，把平行的故事并列放在一起（比如在《李尔王》中，葛罗斯特和他儿子们的故事同李尔和他女儿们的故事），以及对时间的处理。当叙事单刀直入开始和结束时，表面的或最显眼的故事与暗示的或背景中的故事也并不在同一时刻发生。即使在它们确实同时发生时，叙事的节奏也一定是不规则的。一些在“真实时间”中很快就过去的事件被从容不迫地叙述，而其他在真实时间中可能要长得多的时间才能展开的事件则被一笔带过。律师和法官可以通过像学习其他文学技巧那样研究叙事技巧来改善他们的写作，但是帮助他们做到这一点并不是法律叙事学的着眼点。

349

在法律中讲述对抗性的故事是法律叙事学中的一个很大的分支，它试图说明受压迫者的困境。但是，在妇女和少数种族的机会不断膨胀的背景之下，这看起来像在发牢骚、在顾影自怜。它鼓励了一些成见，比如妇女和黑人不会进行精确思考、只会说感情化的话语、“仅仅是修辞而已”，所以把他们放到了一个自己创造的分割区中——抱怨的分割区。一个更深层的问题是对抗论者讲述的故事

---

〔12〕请看，例如，Wallace Martin, *Recent Theories of Narrative* (1986); Seymour Chatman, *Story and Discourse: Narrative Structure in Fiction and Film* (1978); Robert Alter, *The Pleasures of Reading in an Ideological Age*, ch.6 (1996); Gerald Prince, “Narratology,” in *The Johns Hopkins Guide to Literary Theory and Criticism* 524 (Michael Groden and Martin Kreiswirth eds. 1994).

的典型性。[13]有关压迫的故事的重要性取决于它的代表性。在一个有着两亿五千多万人口的国家里，几乎所有可能发生的丑陋事情都会发生。为了在政策层面上明智地而不仅仅是歇斯底里地、系统地而不仅仅是个案处理地作出反应，我们就必须知道它的发生频率，而这是社会科学领域而不是叙事领域内的事情。对抗论者应该意识到这一点。他们有一定根据地抱怨说，政治正确运动和积极补偿活动的保守派反对者们夸大了他们所谴责的弊端发生的频率。作为一种文学手法，叙事是一把双刃剑；就像我们在上一章中看到的，文学手法在本质上并不是平等主义的。

对抗性故事的一个相关问题是建立因果关系的问题。当一个被告为了请求宽恕讲述了一个关于童年受到虐待和忽视的令人伤心的故事时，他是在暗含地主张，他叙述的事件同他之所以被判刑的犯罪行为之间有因果联系；否则这个故事没有任何干系。但是，主张并不是证明。证据是关键的，但故事并没有给出证据，尽管这个故事对于有关堕落和救赎的轻信的和感情的直觉来说可能很具吸引力。对抗论的讲故事者不但避开了因果关系问题，而且也避开了个人责任问题，就像下面一段有关黑人犯下了不成比例的强奸罪这个事实的话一样：“黑人妇女同时也承认，她们自己以及黑种男人都是一个体系的牺牲品，这个体系在对男人实施暴力行为时，却始终如一地对针对妇女的暴力行为视而不见。”[14] 这样黑种男人就避免了责任。[15]

---

〔13〕 Daniel A. Farber and Suzanna Sherry, "Telling Stories out of School: An Essay on Legal Narratives," 45 *Stanford Law Review* 807 (1993)。请对比 Toni M. Massaro, "Empathy, Legal Storytelling, and the Rule of Law: New Words, Old Wounds," 87 *Michigan Law Review* 2099 (1989)。

〔14〕 Angela P. Harris, "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory," in *Representing Women*, 上注〔9〕，页106，121（脚注已省略）。

〔15〕 哈里斯（Harris）实际上是暗示，白种妇女在某种意义上是黑种男人强奸黑种妇女的共犯。请看同书，页120－121。

“被害人的故事……坚持一种无言的规范，这种规范更喜欢无助的叙述而不是有关责任的故事，更喜欢被害的故事而不是对人类力量和能力的叙述，”但是这些故事的价值被说成是在于“通过让人们记起人类和他们的情感、离奇的发展和质感的生命力，打破理性化的、一般化的分析方式［法律原则、经济分析以及哲学理论］”。[16]这里并没有解释，受压迫者到底会怎样从打破有关他们的问题的系统性思考中受益。他们不会因为压迫者的前见受到动摇而受益。人们会阅读那些并不挑战自己前见的垃圾读物；他们不会阅读那些具有挑战性的垃圾读物。如果说有的话，也只有极少几个法律讲故事者具有足够的文学天赋，能够引诱那些尚未成为对抗论文化一部分的读者。我说这些话不是批评。法学教授不应该因为自己没有文学天赋而感到害羞，但如果是这样，他就不应该预期能够在那些故事意图动摇的麻木不仁的人们当中找到自己故事（区别于他的理论或实证学术）的读者。没有文学天分却要写故事，这就如同对经济学一无所知却要进行经济分析一样。

350

在那些对当代美国黑人的困境毫不同情或只是不冷不热地同情的白人当中，有谁会被德里克·贝尔的故事《太空商人》改变呢？[17]这个故事的背景是2000年。外星人提出用黄金和其他贵重资源换取美国的所有黑人。美国很快通过了一项宪法修正案，规定“不论本文件任何其他条款的语言或此前的解释是怎样的，每一个美国公民都应该接受国会的选择去参加一定时间的特别服役，以保护国内利益和国际需要。”这个故事的结尾是：

> 这个国家所要度过的最后一个马丁·路德·金纪念日以一个非同寻常的场景开始。晚上，太空商人已经把他们奇形怪状的

[16] Martha Minow, “Stories in Law,” in *Law's Stories*, 上注［3］, 页24，32，36。

[17] 载于 Bell, *Faces at the Bottom of the Well: The Permanence of Racism* 158 (1992).

> 船只开到了岸边，卸下了他们的黄金、矿产以及机器等货物，剩下了巨大的空货舱。应征服役的人挤满了海岸，大概有两千万安静的黑种男人、妇女和孩子，包括抱在怀里的婴儿。当太阳升起时，太空商人们命令他们，首先脱掉所有的衣物，只留一件内衣；然后排成一队；最后，进入那些像弥尔顿‘看得见的黑暗’一样在晨光中张开大嘴的货舱。应征服役的人们满怀恐惧地向后看去。但是，在海边的沙丘上，美国卫队荷枪实弹地站在那里。没有退路，没有选择。低着头，胳膊被细长的铁链栓在一起，黑人们像他们的先人来到这个新世界一样离开了这里。（页 194）

351

可是，并不完全是这样，因为他们的先人并不是被白人卖为奴隶的。美国的黑人还没有在经济上达到白人的同等地位，但他们并没有面临丧失自己公民身份的危险。（顺便问一句，为什么贝尔故事中的黑人要在海边集合？因为他们最初是被用轮船带到美国的吗？但他们并不是坐船离开的。还有，是谁选择了马丁·路德·金纪念日作为离开的日期?）在白人中间对于积极补偿活动、多元文化论、集团投票、黑人仇视白人、黑人受害者研究以及市中心区的社会变态（毒品、犯罪、黑帮、摆弄枪支的儿童、艾滋病、十几岁的母亲、福利依赖、快克婴儿、非婚生婴儿、玩世不恭的和腐败的——有时是疯狂的——政治领导、反犹主义、轻信、骚乱）存在着不断滋长的怨恨。但贝尔没有提出解决这些问题的任何办法，实际上，强调白人的种族主义和黑人的受害者地位会让我们在这些问题上分心。贝尔处在一种精神病医生称为“否认”的那种状态里。《太空商人》会使一些白人读者把贝尔作为癔病患者一笔勾销，会使其他人对自己的种族感情感到满足，因为他们并不支持销售美国的黑人人口。真正想要剥夺黑人公民身份的那些精神错乱的外围集团从来没有听说过贝尔，不会阅读他写的故事，并且如果他们确实读过他

写的故事也不会因此改变自己的想法。

威廉·埃斯克里奇（William Eskridge）的一部支持同性恋婚姻合法化的书始于两个女同性恋者之间的爱情故事，她们是夏威夷的一桩诉讼的原告，该案把同性恋婚姻问题提上了政策议事日程。[18]他给我们讲了妮尼亚·拜尔（Ninia Baehr），她"像小鹿一样"，有着"能够以理解和警惕的同情吞没你的褐色眼睛"，还有盖诺娜·丹塞尔（Genora Dencel），她"宽大的、带着酒窝的微笑和友好的、悠闲的秉性掩饰了她严肃的工作标准。"妮尼亚的妈妈给妮尼亚讲述了她的朋友盖诺娜："我听说她是个女同性恋。如果她也成为你的朋友，我会很高兴。你为什么不见见她呢？"在短暂的求爱之后，盖诺娜"突然提出了那个问题，'你愿意同我结婚吗？'一微秒之后，妮尼亚回答说'愿意！'"[19]埃斯克里奇是个有能力的学者，并且他的书作为一个整体为自己的立场作了强有力的智识论证。但是妮尼亚和盖诺娜的故事在情感上和美学上都不令人信服。同哈利昆小丑*罗曼史或者格蒂·麦克道威尔（Gertie MacDowell）头脑发热的想像之外我们可能遇到的任何东西相比，这个故事中的"真爱"更加真实、更加平稳、更加陈词滥调（"微秒"是一个极大的败笔）。

在法律当中已经存在着足够的虚构。我并不是指法律的拟制，它们是设计用来把法律的创造掩饰为连贯性的圆场谎言，我指的是 352 那些由诉讼当事人和证人讲述的、被忠实记录下来的自私自利的、常常具有欺骗性的故事，它们能够出现在上诉法院的意见当中是因为它们被轻信的陪审员接受，或者出于程序或权宜原因而没有受到

---

[18] 请看 Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (Hawaii 1993).

[19] William N. Eskridge, Jr., *The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment* 1-2 (1996).

* 哈利昆小丑是意大利喜剧中传统头戴面具、身穿各种颜色衣服的丑角。——译者

质疑。[20]法律在事实上而不是在虚构上存在着不足。埃斯克里奇著作的书名《同性恋婚姻的理由》道破了天机，它是一部为同性恋婚姻辩护的作品，却不受那些使法庭辩护只能讲事实的制度设计的约束，尽管这些设计并不充分。只有轻信的人，或者已经被说服的人，才会把妮尼亚和盖诺娜的故事当真。埃斯克里奇的书的真正艺术在别的地方——在于他陈述同性恋婚姻合法化理由时的那种耐心、慎重、理性、非感情化的语气。同埃斯克里奇作为典范的女同性恋夫妇的那种“正常状态”相比，该书创造的暗含作者是对（与埃斯克里奇的目标对立的）有关同性恋的成见的更有力驳斥。

一个更深层的观点是，“故事本身不会提供独立的道德洞见”。[21]凯瑟琳·麦金农的说法印证了我所说的讲故事的双刃剑特性，她说，“故事会打破成见，但是成见也是故事，而故事中可以充满了成见……可以拿出很多数据来……作为一种方法，讲故事的最大危险是变成谎言。这可能会让人尴尬地感到不够后现代，但是现实仍然存在……我的观点是，我们时代的主要冲突是有关真正事实的冲突，其次才是关于事实的不同版本以及理解事实的各种方法

---

〔20〕一个值得注意的例子是著名的隐私权案件梅尔文诉里德案（Melvin v. Reid），297 Pac. 91（Cal. App. 1931）。法院意见中所重复的、并且自此以来被用作论证应该承认一种广泛的隐私权的第一号证据——请看，例如，William L. Prosser, “Privacy,” 48 *California Law Review* 383, 392（1960）——的那些不太可信的事实是取自于原告的起诉状，法院没有进行过任何独立的查证。被告出于辩论的考虑决定接受起诉状中所指控的事实，并且争论说，即使这些事实是真的，原告在法律上也站不住脚。按照起诉状的说法，一个妓女在被判没有犯谋杀罪之后很快就完全恢复了正常生活，结了婚，并且变成了一个品德高尚的模范家庭主妇。7年之后，被告制作了一部关于她可怕过去的电影，使用了她结婚前的名字，然后突然之间她所有的新朋友都离开了她。这种情况并不是不可能发生，但是，它像妮尼亚和盖诺娜的故事一样有点过于美好，让人听起来不像真的。有关梅尔文女士故事的一个冷嘲热讽的版本，请看 Raymond Chandler, *Farewell, My Lovely*（1940）.

〔21〕Anthony Kronman, “Leontius' Tale,” in *Law's Stories*，上注〔3〕，页54，56.

的冲突。"[22] 她在反对后现代主义的轻薄及其主张，即所有现实都是被建构出来的——所有的事情都是从一个特定视角讲述的故事（"世上的事情本来没有善恶，都是各人的思想把它们分别出来的"，*《哈姆莱特》第二幕第二场，行 249 - 50）——这会麻痹我们对真正苦痛的感觉。麦金农本人在就色情材料写作时也落入了叙事学陷阱：她所写的东西不具有典型性。她是一块吸引有关妓女、强奸受害者以及色情模特和女演员之不幸故事的磁铁。即使所有这些故事都是真实的（但有多少夸张了？麦金农知道吗？），它们的代表性是决定法律应该对其中叙述的痛苦做些什么的时候面临的主要问题。如果不大幅度限制公民自由就极难防止"无受害人"犯罪（更确切地说，那些不大可能有控方证人的犯罪），所以任何支持有效查禁运动的人都应该承担举证责任，应该证明该犯罪导致了相当程度的、而不仅仅是孤立的伤害。奇闻逸事和推测不足以完成这种责任。尽管她对叙事学持批评态度，但麦金农是个超叙事学家，因为她试图通过其他妇女的故事来论证自己有关法律变化的论点。

感情化是法律讲故事的另外一个问题。感情在有些情况下会补充理性，但是在另外一些情况下会削弱理性。证据常常会因为能激怒陪审团而被排除，并且陪审团的裁决有时会因该陪审团为激情或偏见所控制而被撤销。只有作为死刑被告人请求宽恕时的感情震撼力的抵消物，有关被害人受影响的陈述所具有的感情震撼力才情有可原。 353

法律叙事学家在确定情感在法律程序中的适当角色时遇到了困难。在检察官使用受害人的生活故事来唤醒陪审团的罪有应得的感觉时，那些认为刑事被告人可以在量刑听证会上用他的生活故事来

[22] MacKinnon, "Law's Stories as Reality and Politics," 载于同书，页 232，235。

* 中译文引自，朱生豪译，吴兴华校，《哈姆莱特》，载于《莎士比亚全集》（九），人民文学出版社，1978 年，页 47。——译者

唤醒陪审团恻隐之心的人会大跌眼镜，尽管检察官仅仅是在恢复感情的平衡状态。苏珊·班德斯（Susan Bandes）认为，对报应的渴求是一种不好的感情；她将之称为“复仇的原始激情……一种对不加区别的报复之渴望。”[23] 玛莎·努斯鲍姆指出复仇是一种原始感情，因为（她论证说）它是从单个作恶者的具体情况进行的一种抽象。[24] 复仇确实是原始的，是直觉的，就像爱一样，对罪犯的同情是一种被淡化了的爱的形式。如果原始性使感情没有资格在量刑过程中起作用，那么就不应该允许被告请求宽恕。那些被排斥的感情也不是一概地劣于吸引的感情。如果希特勒受审判，那么让他讲述自己贫困的童年和成年早期时的失望以及在第一次世界大战中受到毒气攻击等等，而不准他的被害人就希特勒带给他们的苦难进行任何陈述，这对不对呢？如果我们抱怨说采信这样的陈述就是屈服于原始复仇感情，就会让很多人觉得品味很差；如果被告是连环杀手、恐怖主义爆炸者或其他仅次于希特勒的屠杀者，那也一样。在需要决定的问题仅仅是，没有利害关系的法官或陪审团是不是可以考虑有关被害人受影响的证据，反对允许复仇感情起作用的最有力的意见（即复仇不够精确或不能区别对待，因为受害人或他的家人是自己任命的法官和陪审团［第2章］）就变得毫无力量。

罗伯特·维斯堡（Robert Weisberg）强调了“叙事有促进象征性国家意识或团体意识超越抽象意识形态结构或政府结构的功用”。[25] 对约翰·布朗的审判改变了就奴隶制进行辩论的话语，并且为林肯重新定义国家目的铺平了道路。布朗“艺术地融合了法律修辞、法庭表演以及来自美国大众浪漫故事的垃圾文化碎片，把自

354

［23］ Bandes，上注［11］，页398。

［24］ Nussbaum，上注［11］，页89－90。很奇怪，抽象会被认为是原始的。

［25］ Weisberg，“Proclaiming Trials as Narratives: Premises and Pretenses,” in *Law's Stories*，上注［3］，页61、77。

己从一个品行值得质疑的人物、一个商业上和军队里的鲁莽失败者变成了一个神话般的英雄”。[26] 维斯堡钦佩这些戏剧技巧，但是认识到它们是对法律程序的误用。这些技巧使审判变成了杂耍，并且表明了把审判混同于戏剧、把法律混同于文学的危险。并且，维斯堡提到了叙事有促进象征性国家意识和把品行值得指摘的人变成神话般英雄的功用，从中我们可以感到对我们这个世纪的恶魔叙事大师的影射。希特勒就曾给他全神贯注的听众讲述了一个国家遭到出卖和凌辱的充满感情的故事。

在这里提到希特勒并不是使用了夸张手法。不断壮大的种族大屠杀否认者的队伍所进行的辩护“让人们强有力地记起了那些擅长对抗制诉讼艺术的律师们的修辞……通过把审判描述为一种寻找事实的手段，那些［否认者］就得以使最具倾向性和党派性的夸张显得好像是对公共辩论和历史教育的正当贡献”。但是刑事司法“长期以来致力于提升这样一些价值，比如保护被告人的尊严和自主，而这些价值实际上可能会在一个具体案件中防止对事实的追寻”[27]——换句话说，审判具有同叙事一样的认识论缺陷，而审判使用叙事，并且同叙事类似。那些参加对莎士比亚的作者身份进行模拟审判的最高法院大法官们[28]没有意识到，他们这样做是在赋予对审判程序的误用一种合法性，而这种误用削弱了历史精确的标准。

讲故事和讲事实之间这种并不轻松的关系是法律叙事学运动 355

———

〔26〕同书，页79，归纳的是弗格森的文章，上注〔5〕。

〔27〕这些引用出自 Lawrence Douglas, “The Memory of Judgment: The Law, the Holocaust, and Denial,” 7 *History and Memory* 100, 109 – 110 (1996).

〔28〕Irvin Molotsky, “You – Know – Who Wrote the Plays, Judges Say,” *New York Times*, Sept.26, 1987, p.1; Amy E. Schwartz, “Three Justices, a Poetry – Starved Crowd and Shakespeare,” *Washington Post*, 1987 Oct.14, p.A19.

的最大问题。[29]帕特里夏·威廉斯（Patricia Williams）的著作《种族和权利的点金术》（*The Alchemy of Race and Rights*）（1991年）[30]自传性描述了一个黑人女性法学教授的悲伤。自传是事实的不可靠来源，这一点臭名昭著，[31]但在描述一家班尼顿服装商店中发生的事件时，威廉斯不但想要小说的感情冲击力，而且想要真正事实所具有的权威性："蜂鸣器在纽约市里是件大东西。它特别受到较小的商店和时装精品屋的偏爱，全市的商人都安装蜂鸣器作为筛选顾客的手段，以减少抢劫的发生率：如果门口的那张脸看起来合意，那么蜂鸣器就会被按下，门就会打开。如果那张脸看起来不是那么合意，门就会一直锁死。可以想见的是，是否中意的问题已经变成了一个按照种族判定的问题"，就像威廉斯在一个周六下午发现的一样，当时她"正在休南区*买东西，在一个商店橱窗里看见了一件运动衫，想给自己母亲买下来。我把自己的棕色圆脸按在窗玻璃上，并把我的手指按在了蜂鸣器上，请求进去。一个穿着跑鞋、大嚼泡泡糖的眼睛狭小的白人少年向外张望，上下打量我，寻找那些能够把我挂在他社会理解力极限上的特征。大约五秒钟之后，他说'我们关门了'，然后对着我吹出了一个粉色的橡胶泡。那是圣诞节之前的两个星期，是星期六下午一点钟；店里有几个白人，他们看起来像是在给他们的母亲买东西"（页44－45）。

这个故事的力量在于它的精练，在于它生动地对比了叙事人的棕色圆脸和店员狭小的眼睛和粉色的泡泡糖，在于它用身体上的排斥来象征社会的排斥，在于它暗示最无足轻重的白人（那个嚼着口

---

[29] 有关进一步的证据，请看 Dan Subotnik, "What's Wrong with Critical Race Theory? Reopening the Case for Middle – Class Values"（尚未出版，Touro College Law Center, 1997）。

[30] 我在 *Overcoming Law* 第18章（1995年）中对她的书进行了更长的讨论。

[31] Andrew Hudgins, "An Autobiographer's Lies," 65 *American Scholar* 541 (1996).

* 休南区位于美国曼哈顿岛西南部纽约市的一个区，因其画廊、商店、饭店和艺术家阁楼闻名。——译者

香糖、吹着泡泡的少年店员）都可以对一个更年长、更有成就的黑人行使权力而丝毫不感到不舒服，也在于它对店员对她的反应所进行了优雅总结（“上下打量我，寻找那些能够把我挂在他社会理解力极限上的特征”）。但是，这个故事是真的吗？威廉斯并不是个孩子，她是个成年妇女，她真的把自己的脸紧贴在窗子上了吗（“按在窗玻璃上”不就是这个意思吗？）。或者她为达到戏剧效果而对事实添油加醋——使对她的侮辱显得更为严重，因为它击碎了她孩子般的急切和天真？而且她是怎么知道售货员拒绝她进店是因为她是黑人？她的证据是，因为圣诞节就要到了，这家商店不大可能关门，并且商店里面还有其他顾客。第二点并没有任何证明力。商店通常是在已经进店的所有顾客全部离开前就停止允许更多的顾客入内——否则商店可能永远没法关门。第一点较为有力。尽管很多商店在周六都提前关门，但是纽约市的班尼顿商店在圣诞节购物期间这样做的可能性很小。但是威廉斯并没有表明自己曾试图查出这家商店是不是已经关门，也没有表明自己被请走之后是否看见允许别的顾客进店。没有告示牌说明商店已经关门，这可能在某种程度上证明它还在营业，但是她没有提到有没有这样的告示牌。很多商店都在大门上列明营业时间。她也没有提到这一点。

356

她对这个事件的愤怒可能反映了黑人在同白人交往时普遍面临着不确定感。并不是黑人遇到的每一次失望都是歧视的结果，而且可能无法确定哪些是、哪些不是。我们喜欢知道自己同别人一起时所处的位置，这在黑人同白人交往时很难做到（反之亦然）。但是，如果这就是班尼顿事件的描写对象——美国黑人的心理学——那么威廉斯就应该直说。

我坚持区别事实和虚构，这并不是小题大做。班尼顿并不是一个虚构。它是一间真实存在的公司。威廉斯在印刷品上指责它有非法行为。这是一项严重的指控，特别是律师提出这种指控时。实际上，它可能有诽谤之嫌。如果她对该事件的描述脱离了真正事实，

那么她就有义务向她的读者和向班尼顿说明这一点

在为以讲故事的形式做法律学术进行辩护时，威廉斯在她的书一开始就告诉我们，“把‘客观事实’重构为修辞事件所导致的最重要后果之一就是一种更为微妙的法律和社会责任感”（页11）。我很警惕“客观事实”两边那悍恐的引号，也警惕“修辞事件”这个短语。她是不是在警告我们，证明种族歧视的困难是如此之大，以至于我们必须放弃事实的调查而接受对歧视的虚构描述——必须把恐惧和怀疑以业经证明之事实的面目拿出来？她是不是因此在否认她简述的事实性？或者她是否在致力于把一个事件或情况的细节弄对，而不是把它们淹没在一般话语当中，比如白人憎恨黑人？如果后者是她的目的，那么她就必须努力找出，那个白人少年在告诉她商店已经关门时大脑里真正想的是什么。可能，像我说过的，它真的关门了；可能它没有关门，但是那个店员正忙于应付里面的顾客。可能他是个不够忠诚的雇员，想给他的老板找麻烦。可能他懒惰、顽皮、无礼、不负责任或者仅仅是个白痴。如果这个事件是以直接小说的面目出现的，那么就不会有这些问题，但看起来威廉斯反而是想把事实的权威同虚构的魅力结合起来。对于这种结合来讲，真正事实的含糊不清会致命。对事实作出选择是叙事人的特权；一方面是虚构事实，另一种方面是避而不谈那些能够防止非虚构的叙事引人误解的事实，后一种做法同前面一种做法相比是五十步笑百步，但是这两种做法都是叙事人面对的诱惑，并且是对抗论的法律讲故事常常抵挡不住的诱惑。[32]

357

〔32〕 请看 Daniel A. Farber and Suzanna Sherry, *Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law*, ch.5（“The Assault on Truth and Memory”）（1997）；也请看 Coughlin，上注〔2〕。罗宾·韦斯特是帕特里西娅·威廉斯的一个崇拜者，他承认，在《种族和权利的点金术》当中威廉斯“用意图是历史性的，但却可能在事实上却不够精确故事来表达有关白人种族主义的复杂论证” West, “Constitutional Fictions and Meritocratic Success Stories,” 53 *Washington and Lee Law Review* 995, 998（1966）.

司法传记

传记是一种古老（比普鲁塔克还要古老，传统上认为他是这一文学形式的创始者）、丰富、种类繁多、极受欢迎、哲学上有争论的文学类型。司法传记是传记的、也是法律学术的一个不断扩张的、有疑问的子类，[33]也是刚刚讨论过的自传性叙事的姊妹文学类型。传记是学术文献类型中最具文学性的一种。传记、特别是自传同小说之间的类似之处常常受到评论，以至于我们可以想像使用评价小说的标准来评价传记。这会要求我们把所有有关事实性的问题放到一边。凯瑟琳·德林克·鲍恩（Catherine Drinker Bowen）给霍姆斯大法官写的广受欢迎的传记《来自奥林匹斯山的美国佬》（*Yankee from Olympus*）是一部好的"读物"，一个小说作家如果能够虚构出这部传记描写对象的生平会感到很自豪。它可能是我们所拥有的有关法官的最好的"小说"之一。但是，有关司法传记的论文很少提及它，因为它不够"严肃"，也就是说，它没有细心地把东西弄对。传记，除非极端地"大众"或煽情——或者彻底是欺诈——都希望成为历史而不是小说的一个分支。但是，就像法律叙事学家们的作品一样，对于传记存在着一种恼人的感觉，即它没有达到自己设定的追求，而它的真实性值得怀疑。

传记并不是一个同质化的作品类别；但是对事实的明确关心 358

---

〔33〕有关背景，请看 Symposium, *National Conference on Judicial Biography*, 70 *New York University Law Review* 485 (1995); Michael J. Gerhardt, "The Art of Judicial Biography," 80 *Cornell Law Review* 1595 (1995). 我将不会讨论的一个相关文学类型（尽管它可以提供从本章第一节导入这里的合适的桥梁）是女律师们的女权主义传记。请看 Carol Sanger, "Curriculum Vitae (Feminae): Biography and Early American Women Lawyers," 46 *Stanford Law Review* 1245 (1994).

在各种不同类型中都存在。一些传记把一个人的生平作为一个脚手架，在上面挂上对那个人参加过的或观察过的历史事件的叙述，或者有选择地挂上那个人的信件或其他此前没有公开过的文件。这些传记分别强调历史和文献，在把传记当作一个独立的文学类型时，它们是最无趣的。其他传记满足我们对其他人、特别是对名人生活（在这里普鲁塔克、苏埃托尼乌斯［Suetonius］* 和普罗科匹厄斯［Procopius］** 是先驱）的常常是色情的好奇心。它们提供了一种间接的熟知，就像我们从流言或从小说中取得的熟知一样。一些传记讲述让人兴奋的故事；A·J·A·西蒙斯（Symons）的《寻找科沃爵士》（*The Quest for Corvo*）是一个例子。有些是批评性的、揭露性的，像利顿·斯特雷奇（Lytton Strachey）的《卓越的维多利亚时期的人》（*Eminent Victorians*），还有很多是偶像化的传记。[34] 我会把这两种都称作**意识形态**传记，但不带任何贬义。一些传记是**教益性的**：它们设计用来给读者的生活提供典范或者反面典型。一个著名的例子是大卫·塞西尔（David Cecil）的梅尔本生平。* 很多女权主义传记都有这种特征。有些传记试图回答具体的问题，常常是因果关系性质的问题：为什么 X 做了 a，或者 X 是在哪里找到有关 a 的想法的，或者 X 是不是真是 a 的作者，或者，最为常见的，为什么 X 是一个伟大的作家、领导者、斗士或者作曲家？让我把这些称为**科学性**传记。心理传记是科学性传记的一个子类，它研究人们的信念和行为的心理学起因。

---

* 苏埃托尼乌斯是罗马历史学家，主要著作是《恺撒生平》，记述了前 12 个罗马皇帝的生平。—— 译者

** 普罗科匹厄斯是查士丁尼一世统治时期的拜占庭历史学家，写了关于波斯人、汪达尔人和哥特人的战争的史书和攻击查士丁尼的著作《秘史》。——译者

[34] 司法传记中的例证是大量的。请看，例如，Frank Sikora, *The Judge: The Life and Opinions of Alabama's Frank M. Johnson, Jr.* (1992).

* 指《青年时代的梅尔本》（1939 年）。——译者

最具野心的传记试图揭示“内在的人”（或女人），即根本的自我——沃尔特·惠特曼所称的“我的自我”以及利昂·爱德尔（Leon Edel）所称的“指引一个具体生命的私人自我概念”或者同义的“隐藏的自我”。[35]受这种目标控制的传记，我称之为本质论传记，因为它们假设了一个本质的自我。显然，我不是在通常的哲学意义上使用“本质论”这个单词。

除了提供一个架构用于讨论一个法律领域、一个法律机构（通常是最高法院）或者一个法律机构的历史，司法传记最为常见的目的是意识形态和本质论的目的。但有时我们也会相反发现、或者会同时发现教益、间接熟知或解释因果关系的目的：X法官为什么会成为伟大法官？——是什么使他以那种方式决定案件？ 359

意识形态传记和本质论传记同事实有着不同的、但同样不舒服的关系。意识形态传记假定有某种理想型，按照它来比较或者用它来衡量该传记的主人公。通常很难让怀疑者相信该理想型，很难向他们证明那是个值得追求的理想型。并且，为了让他的对象同理想型之间的对比更加让人信服，传记作者会受到引诱，剪除他对象身上那些“非本质的”特征——当传记作者想要批评其对象没能达到这个理想型时是指那些好的特征，当传记作者想要让其对象作为该理想型的典范出现时是指那些不好的特征。传记的对象本人并不是目的，而只是发扬一个理想型所使用的工具，而且这个工具越是尖锐、越是干净，就会越有效果。这在这里，传记同小说之间的类似之处特别接近，因为小说作者所从事的工作也是剪除那些会影响作品连贯性和意义的细节。

本质论传记的作者在追寻一个自我，这个自我总是被假定是自

〔35〕 Leon Edel, "Keynote Address: Biography and the Science of Man," in *New Directions in Biography* 1, 9, 10 (Anthony M. Friedson ed. 1981). 也请看 Elisabeth Young - Bruehl, "The Writing of Biography," 50 *Partisan Review* 413 (1983).

恰的，[36]是某种统一体；如果传记是杂乱无章地堆砌在一起的相互冲突的事实，那么传记作者和他的读者就会认为该传记没有透过表面现象。本质论传记暗含的心理是，我们每个人都有三重人格。第一层是由被建构的自我组成的——我们在努力同他人进行有利的商业或个人交易时呈现给这个世界的面目。这个层次是自传通常止步的层次，这一点使自传成为如此不可靠、自私自利、实际上自吹自擂的文学类型。下面是第二层，是由我们对除了自己最亲密的人之外的所有人都隐藏的那些人格特征组成的。在这个自我下面是（这是本质论者绕不过去的假定）本我，即那个产生前面两个更高层次自我的、那个包含着理解此人及其著作的关键点的自我。这也是一个建构出来的自我，却是由传记作者而不是由他的对象建构的。在这个方面，它类似于一部文学作品的暗含作者。

这个本我是否是一个记录现实的建构物，或者它是否仅仅是一个教条或一个虚构，试图以公开的小说（在亚里士多德的理论中）让人类行为变得自恰、可以理解、可信、可能的那种方式让其对象变得“可以理喻”？[37]我认为它是一种虚构。人是充满矛盾的混合体，在时间上、[38]以及在同一时间内都缺乏统一性和自恰性。360 我并不是说人们在前后不一致、甚至是行为愚蠢的意义上是非理性的。但他们的偏好、价值观、反应、性格特点以及人格都不能被简约成为一个容易贴上标签的本质——“圣人”、“坏蛋”、“弱者”、“操纵一切的女人”、“天才”、“英雄”等等。人们有着不能构成美学上或情感上让人愉悦的统一体的偏好，但这并不是前后不一致、不是“非理性”——所以，同时是一个出色的作家和一个恶毒的反

---

[36] 请看 Ira Bruce Nadel, *Biography: Fiction, Fact and Form* 10, 155 (1984).

[37] 在写作传记的过程中夸大自我统一性的危险被指出于 Richard H. Blum, "Psychological Processes in Preparing Contemporary Biography," 4 *Biography* 293, 301 – 303 (1981).

[38] 就像我在拙作 *Aging and Old Age* 84 – 94 (1995) 中所强调的一样。

犹太主义者、同时是一个出色的医生和一个恋童癖、同时是一个勇敢的斗士和一个恐高症患者、同时是一个毛衫爱好者和一个鱼子酱爱好者，这中间并没有什么不一贯的地方。小说中的人物，至少是大多数人物（并不是所有人物——请想想哈姆莱特），都有着一种在真实生活中找不到的统一性和透明性。我们常常被真实人物蒙骗；他们并不符合我们为之建构的模型。作家们大方地从现实生活进行借用——我们将会在下一章中看到到底有多么大方——但是在重新塑造的过程中，作家去掉了复杂性，而允许一个处于支配地位的特点吞掉真实生活原型的其他特点，这使大多数虚构人物都更像中世纪“诙谐剧”而不像你实际会遇到的人。对编年史学家来说，历史（包括传记）实际上仅仅是一件臭事连着另一件臭事。叙事，包括对生平的叙述，会把一部编年史变成一个故事，有着相互有因果关系的开篇、中间以及结尾。这样做给一系列本来可能没有一致性的事件强加了一致性。

即使我们每一个人都确实有一个本我，也无法确定本质论传记作者所作的真实性主张。没有什么技术能够将一部传记中所描写的本我同对象的“真正”本我进行对比。只要真实性主张无法确证，那么这些主张本身就很可能会受到主张者（在这里是传记作者）自身特点和价值观产生的异想天开的影响；这也是司法传记的一个严重问题。我所称的**科学性**传记也具有无法确证的问题，因为这是给历史事件加上因果关系的做法而产生的一个普遍问题，而传记是历史学的一个分支。说拿破仑使那些引起了法国大革命的思想得以在整个欧洲传播，这种说法仅仅是在假定，如果没有拿破仑，那些思想传播得就会较为缓慢、或者根本不会传播。（他所做过的事情就是做过的；但如果没有他，另外一个人或一些人也可能会做同样的事情。）这是一个反事实，不可能通过实验或统计学方法、或者任何具有足够客观性能够说服怀疑者的方法予以确认或证伪。

我们知道事情的结果怎样，知道一个生命的结果怎样。但我

们无法直接知道，如果某件事情、比如说对象成长过程中的某件事没有发生，那它们的结果会是怎样。把一个人生命中风云际会的事件或登峰造极的成就都看作潜伏在一个人的品行或早期生活当中，这种倾向仅仅是希望理解之冲动的副产品。传记常常要（可能在本质上就是要）讲述一个让人信服的故事，这个故事是关于一个人生平中的事件之间以及它们同社会环境中之前的和之后的动荡之间（既可能是原因也可能是结果）可能具有怎样的因果关系。最为忠实的传记应该是在其描写对象生活的同时写成的传记，这样传记作者就不会知道生平结果会怎样了。传记作者会根据他对自己对象之本我的了解进行预测，而这些预测会随着对象生平的不断展开而被确证或证伪。

同本质论传记的认识论问题紧密相关的问题是不合逻辑或互不相关的问题，这让我们记起了第7章中对原旨论的讨论。即使我们每个人都有一个可以由感同身受的传记作者发现的本我，但是究竟是不是那个本我产生了使我们对那个作为传记对象的人感兴趣的东西，这一点仍然很不清楚。如果最深层的个性是从那些更容易看得见的层面中的某些东西出发进行负责的（即使是无法确证的）推论的结果，那么前者一定会同后者之间有联系；但这些东西不可能是这个人的智商或成就。在一部传记的对象是一位作家或其他“脑力工作者”时，这一点极为棘手，但是在有关一个行动者的传记中这一点不很明显，因为我们感兴趣的主要是那些行动。我们可以通过阅读一部拿破仑传记来了解拿破仑的战役。但是，我们如果不是事先就对乔伊斯的作品有些熟悉，我们就不大可能去阅读他的传记，而且我们在阅读这部传记时主要是关心他天才的来源。我们会感到失望。我们可能会了解到他为什么会如此特别，但我们不会了解到他为什么是一个伟大的作家或他的作品有什么含义。这也就是为什么T·S·艾略特不希望别人为自己写传记的原因。他认为一个诗人

的真正生命是在诗歌之中。[39]叶芝也认为诗歌是诗人生平的替代物而不是诗人生平的表达。随着传记变得更加坦率、更加敏锐、更加冷酷、涵盖面更加广阔，[40]人物同产品之间的分裂就会变得更大。我们从T·E·劳伦斯的传记中了解到，他会从受鞭笞中得到性快感，并且显然不会从任何其他事情中取得性快感；他的性偏好同他作为士兵、作家、翻译家、政治家和自我推销者所取得的成就之间的关系仍然完全不清楚。阅读林恩给海明威写的得到高度评价的传记，[41]你会遇见一个令人讨厌的家伙，这个形象是海明威小说中的暗含作者的对立面。

为具有创造力的人士、不管是艺术界、科学界或其他专业人士所写的最佳传记恰恰告诉我们，要把成就同自我分离开来："只要一个作家、艺术家、音乐家、任何形式的想像成为一部传记的对象，那么他的光芒就会湮灭……生活仅仅是一个壳，其中的核是创造性工作。传记中没有真正的营养。词语飞扬起来了，生活却仍在下面。"[42]亨利·詹姆斯的故事《私人生活》（1892年）把这一点推 362

[39] James Olney, "Where Is the Real T. S. Eliot? Or, The Life of the Poet," in *The Cambridge Companion to T. S. Eliot* 1 (A. David Moody ed. 1994).

[40] 请看，例如，William M. Murphy, *Family Secrets: William Butler Yeats and His Relatives* (1995).

[41] Kenneth S. Lynn, *Hemingway* (1987).

[42] Michael Holroyd, "Literary and Historical Biography," in *New Directions in Biography*, 上注[35]，页12，18。这个观点的一个很好例证是弗尔班克（Furbank）为E·M·福斯特写的极好的两卷本传记 在弗尔班克对福斯特的描写中的惊人细节当中，请看P. N. Furbank, *E. M. Forster: A Life*, vol. 2: *Polycrates' Ring* (1914－1970), ch.13 (1978) ("E. M. Forster Described")。作为作家的福斯特消失了——他应该这样。作家被同这个人本身分离开来。阿尔道斯·赫胥黎是这么说的：传记作者有点石成金术——但却是反过来的。这个论点是有关于G·爱德华·怀特（G. Edward White）揭开奥利弗·温德尔·霍姆斯"内在自我"的努力，见Evans Wohlforth, "The 'Essential' Holmes"（评论的是G. Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self* [1993]）. 47 *Rutgers Law Review* 441, 443－447 (1994).

到了逻辑的极限。小说家瓦德雷（Vawdrey）让叙事人和他的其他熟人很失望，因为他的谈话方式非常普通。人们无法想像他就是他小说的真正作者。他不是。一个晚上，当瓦德雷同另外一个客人在他们住的一家瑞士旅馆的露台上谈话时，叙事人进入了瓦德雷的房间，看到了一个静默的瓦德雷，他在黑暗中〔43〕坐在桌子前写作。这个幽灵才是小说家，而他同公共的瓦德雷是完全割裂的。

我不想把割裂的论点推得过远。乔伊斯是在都柏林长大的，这个事实同《尤利西斯》的背景有联系。拿破仑在当时的军事和政治层级已被破坏时当了军官，这个事实，加上运气和无畏，同他很快达到权力顶峰是有联系的。而且，智力和精力是获得大多数受人钦佩的成就的前提条件，这是一个合理的猜测；我们还是可以用拿破仑和乔伊斯作为例证。但是，我们并不需要本质论或科学性传记的帮助就能知道这些。特别是文学性传记看起来忽视了这一点，这例证了一个笑话，即一个人不是在他掉了钥匙的地方找钥匙，而是在路灯的光线使他能够看清东西的地方找钥匙。新批评论者蔑视传记性文学批评是正确的。对传记采取的本质论进路是显而易见的有意错误。

传记不但是一种有问题的努力；在以原始材料为基础而不是363 以同一个人的现存传记为基础时，它也是一种成本很大的努力。就像其他历史学学术作品一样，已经过世很久的人的传记是劳动极密集的，因为即使要对过去进行一次可信的重构也需要在档案馆中大量挖掘。刚刚过世的或仍然活着的人的传记也是劳动密集型的，但原因不同——材料可能会过度丰富。尽管写信衰落了，但是那些写成的信件会制成更多副本，不大可能失踪。而且，人们正以各种各样其他可以重新取回的形式留下踪迹，从电子邮件和录像带到口述

〔43〕请对比叶芝的形象，载于我在上一章中引用的“选择”中的诗行，是关于那个“在黑暗中暴跳如雷”的艺术家（他选择了工作的完美而不是生活的完美）。

史和图书馆收藏的个人论文。然后，如果对象认识的人还活着，那么还需要进行很多采访。

对于靠写作为生的人来说，时间就是金钱。对于学者来讲，时间成本以放弃其他学术项目的形式出现。任何考虑是否要写作传记的人都必须衡量巨大的时间投入以及可能获得的金钱或其他报酬。传记的成本解释了这样一种做法，即就传记对象的私人文件给予传记作者排他性的使用权。排他性起到了一种类似于专利垄断的功能。一位学者或作家可能不愿意投入大量时间来写一部传记，除非保证，在他有机会通过出版和销售一部没有近似竞争的书籍来收回他的一些成本（其他项目丧失的时间）之前，无法复制他的作品。

传记的金钱收入限于那些盛名卓著的人或臭名远扬的人的传记。伟大但却不为人知的人，或者是不伟大的人，除了在大学里，不大可能找到传记作者。一个学者必须仔细考虑，花好几年为一部传记进行调查和写作自己要放弃什么，还有传记对知识所作贡献的不确定性以及自己时间的其他使用方法。在杰拉德·冈瑟尔（Gerald Gunther）用于写作勒尼德·汉德的 818 页传记的时间里，[44]他可以写作几十篇法学评论文章，而且可以想见，这对法律学术的贡献应该更大。当然，对于学术的贡献不是、也不应该是对自己事业作决定时的惟一考虑因素；学者的口味是一个重要考虑因素。而且，可以预期的是，与关于同一个人的论文或（非传记性的）书籍相比，传记会有更长的存架期限——可以重印更多次、会在更长的时间内被阅读。因为写作的成本非常之大，所以有关一个人的传记的数量会少于关于他的论文和非传记性书籍的数量。传记相互之间在时间上的间隔会更大，所以不会像关于这个人的其他类型作品那么快地被取代。冈瑟尔的传记是关于汉德的第一部传记；它也可能是最后一部。

[44] Gerald Gunther, *Learned Hand: The Man and the Judge* (1994).

想要成为传记作家的人必须考虑除传记之外的其他可选择的文学类型——能够达到传记的目标、或者其中的一些目标而时间成本 364 更低、有时具有更强真实性主张的那些类型的研究。例子包括（普鲁塔克、奥布里［Aubrey］、约翰逊、斯特雷奇以及其他人所写的）生平概要；传记性研究，限于对象生平中最重要的年度，甚至更为狭窄地集中于生平中具体的紧要关头或转折点；团体传记（当然更可能是传记性的概略、“简介”，这样才能压缩进同一部书）；[45]试图“说明”一个历史人物的解释性论文；对一个人的著作的研究，只是偶尔提及他的生平；口述史——由历史学家作为助产士的自传；以及集合性的对比研究。最后一种是指像戈尔特兹尔（Goertzel）的著作，[46]它试图通过对比具有创造力的人们身上找到某些特点的频率以及这些特点在整个人口中出现的频率，从而用归纳法得出创造力的源泉。同三百部传记相比，在同一部书中对三百个生平取样研究看起来是研究人们生平的更有效率的方法——但是我们应该意识到，没有那些传记作者，戈尔特兹尔就不可能得到第一手材料，因为正是这些传记作者们产出了数据（并且实际上提供了样本），而戈尔特兹尔的著作依赖的正是这些。但是，并不是可供选择的文学类型中的所有作品都寄生于标准的足本传记。

---

［45］普鲁塔克的《列传》（*Lives*）和斯特雷奇的《卓越的维多利亚时期的人》仍然是最为著名的例子。法律中的一个例子是 G. Edward White, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges* (1976).

［46］Mildren George Goertzel, Victor Goertzel, and Ted George Goertzel, *Three Hundred Eminent Personalities: A Psychosocial Analysis of the Famous* (1978). 入选他们名单的标准是要成为两个以上近期传记的对象。同上，页2。关于这一文学类型的其他例子，请看 Dean Keith Simonton, *Greatness: Who Makes History and Why* (1994); Howard Gardner, "The Creators' Patterns," in *Changing the World: A Framework for the Study of Creativity* 69 (David Henry Feldman, Mihaly Csikszentmihalyi, and Howard Gardner eds. 1994). 有关这一文学类型同团体传记的混合物，请看 Howard Gardner, *Creating Minds: An Anatomy of Creativity Seen through the Lives of Freud, Einstein, Picasso, Stravinsky, Eliot, Graham, and Gandhi* (1993).

所以，传记是一种有疑问、成本高的文学类型；[47] 这在司法传记中再也正确不过了。一般性传记所存在的所有问题，以及文学性传记所存在的具体问题，在司法传记中都存在，而且这些问题还为进一步的问题所加剧。司法传记的目标多种多样，作为脚手架的目的最为突出，特别是在为最近的最高法院大法官们所写的传记当中。[48] 传记作者的主要兴趣在于由大法官的私人文件（只有在最近的大法官们的情况中才十分丰富）表明的最高法院的运作情况，除非这位大法官有着特别的品质，这种情况很少发生，或他有着让人兴奋的生平，这种情况更少。有关从马歇尔到富勒（Fuller）的早期大法官的传记，结果常常变成了传记对象任职期间的最高法院历史。可能它们根本就不应被视为传记，而是应该被视为一种别的文学类型的作品。大法官越是离现在近，其传记，除了作为用于挂上有关最高法院的信息的衣架，就越是可能成为一个宣扬传记作者自己司法哲学的工具。休果·布莱克（Hugo Black）的传记[49]并没有屈服于这种诱惑，并且在对象进入最高法院之前同他的法院任职期间这二者之间保持了很好的平衡。但是，尽管它是一部很好的读物，并且其中可以找到很多有趣的信息，但是，同其奉承和上气不接下气的感觉比起来，分析的成分较少。这样的传记最为接近于为大众所写的一般性传记，它主要是迎合公众对于权势人物的个性和私生活的好奇心。

365

[47] 琼·迈伦（Joan Mellen）在一篇最近的文章中，"Confessions of an Ex - Biographer," 即将出版于 *Biography and Source Studies*, vol.3.（Frederick R. Karl ed.1997），呼应了我对文学性传记的担忧。她是凯·波义耳（Kay Boyle）的一部传记以及达什尔·哈米特（Dashiell Hammett）同莉莲·海尔曼（Lillian Hellman）的一部合传的作者。也请看 Mellon, "A Biographer Declares – The End of Biography," *The Sun*, Spet.15, 1996, p.1E.

[48] 请看，例如，John C. Jeffries, Jr., *Justice Lewis F. Powell, Jr.*（1994）；Fowler V. Harper, *Justice Rutledge and the Bright Constellation*（1965）. 哈钦森（Hutchinson）给拜伦·怀特（Byron White）所写的传记是一个值得注意的反例，我在后面会讨论。

[49] Roger K. Newman, *Hugo Black: A Biography*（1994）.

一个值得注意的例外是劳拉·卡尔曼（Laura Kalman）所写的亚伯·福塔斯（Abe Fortas）传记，[50]它可能是教益性司法传记中少见的、可能独一无二的例子。卡尔曼的书属于中世纪有关世事变化无常的劝告性故事的传统。福塔斯像火箭一样串升，又像流星一样陨落；其原因，就像卡尔曼富于技巧、毫不唐突地证明的，是因为他自大、骄傲、丧失了感受力、过度自信、头脑封闭并且缺乏自知之明，这些是极其成功的人的职业风险。这是我知道的惟一一部可以推荐给法官和律师的司法传记，用以警告他们不要偏离美德、谦卑和审慎的道路。

很少有法官是与众不同的个人，或者有着让人感兴趣的生 366 平。[51] 很少有法官像福塔斯那样有着撒旦似的失去天恩的经历。所以，满足读者对于伟大人物、或对于吸引人的人物的好奇心，这很少是司法传记的动机。主要的例外是霍姆斯的传记，他是一位极其杰出的法官，也有着有趣的生平，留下了极其众多的公开和私人文件供人们翻阅。他的传记作者们[52]曾经试图在他所写的和有关他的（大多数是他所写的）成千上万页文件中找到他的本我。他们失败了。[53] 原因之一是，他著作中显露的思想具有多样性、甚至还有前后不一致的地方。另外一个原因是，他没有任何明显的怪癖。大家都知道的是，霍姆斯在身体上和精神上都很健康、精力充

[50] Kalman, *Abe Fortas: A Biography* (1990).

[51] 有关厄尔·沃伦（Earl Warren）传记的一篇评论以不明智的坦率得出结论说，“他是一位无趣的人和一位无趣的法官。” Dennis J. Hutchinson, “Hail to the Chief: Earl Warren and the Supreme Court,” 81 *Michigan Law Review* 922, 930 (1983). 这些并不一定就是批评。我们并不是都想让活泼有趣的人来给我们做裁判

[52] 其数量到现在已经相当多了。John F. Hagemann, “Looking at Holmes: A Review Essay,” 39 *South Dakota Law Review* 433 (1994).

[53] Adam J. Hirsch, “Searching inside Justice Holmes” (评论的是 G. Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self* [1993]), 82 *Virginia Law Review* 385 (1996). 请注意怀特书的副标题。

沛、成功、友善却不爱社交——简单说来就是“正常”[54]——并且对于生活有着一种总体来讲积极、乐观、宁静、甚至诙谐的视角。如果霍姆斯体内存在着一个火山似的精神内核，并且这个内核产生了很多人都认为黯淡无光的哲学和政治视角，那么它已经被有效地掩盖起来了。冈瑟尔曾经试图发现勒尼德·汉德的内在自我，赫什试图发现费利克斯·弗兰克福特（Felix Frankfurter），[55]而他们可以处理的材料会多那么一点，因为这些法官都有怪癖，特别是汉德，他甚至可以给精神病医生当作实习的机会。尽管如此，冈瑟尔还是没能把汉德的法理学同他的怪癖联系起来。

司法传记最常见的目的是意识形态的目的，这常常同本质论传记有交叉之处。法官被描写成一个代言人，讲述传记作者赞同的或（这种情况较少）不赞成的司法哲学。（汉德传记就是一个例子。）科学性司法传记——即试图找出因果关系的传记，比如在一位法官所阅读的东西同他所写作的司法意见之间的因果关系——比较罕见。科学性司法传记中最经常被胡乱处理的因果关系问题是，霍姆斯曾在内战中服役3年，其间受过三次重伤，这以何种方式影响了他的司法哲学。对这一点有着无数推测，但却没有令人满意的答案。把在他的一些意见和更多的信件中所能够看到的“强硬”的一面归于他在战争中的残酷经历，这当然看起来有理，但这正确吗？他的很多同时代人都没有从军的经历，但却同样“强硬”，一个好的例子是霍姆斯认识的一个英国人詹姆斯·费茨詹姆斯·史蒂芬，我们在第5章中就提到过他赞扬庞蒂乌斯·彼拉多。霍姆斯可能仅仅

---

〔54〕亨利·詹姆斯的最近一位传记作者推测说，詹姆斯同霍姆斯之间有同性恋爱情，请看 Sheldon M. Novick, *Henry James: The Young Master* 110 (1996)，这一推测没有任何证据基础，就像在下面一篇文章中指出的：Millicent Bell, "The Divine, The Unique," *Times Literary Supplement*, Dec. 6, 1996, p. 3. 这是如此之多的现代传记所具有的窥视、好色特征的荒谬例子。

〔55〕H. N. Hirsch, *The Enigma of Felix Frankfurter* (1981).

是在反叛他喋喋不休的、气人的、著名得令人生厌的、稍微有些卑鄙的父亲（他常常取笑他儿子脖子的长度）。霍姆斯意志坚强、是个无神论的斗士，他写道“在他［他父亲］身上，像他那一代其他人一样，对转世轮回的奇迹怀有某种温柔——这是没有可观察先例的现象，而我没有感觉到”。[56]

367 上诉法官（有关初审法官的传记比较罕见）的主要产出是司法意见。这使司法传记变成了文学性传记的一个姊妹类型，有着把真正作者同暗含作者混淆起来的所有缺陷。对个性的强调给费利克斯·弗兰克福特的声誉造成了不必要的损害，他是一位极有成就的法官。对于那些像我一样认为文学能力是伟大法官所获声誉之核心的人来说，文学性传记和司法传记之间的关系特别靠近。但是，对司法传记来说，它使割裂内在自我与文学表达的问题变成了一个像在文学性传记中一样严重的问题。像霍姆斯、汉德、卡多佐这些伟大“文学性”法官的司法哲学来自何方，对于这个问题，我们至少有一些线索（如果说没有更多东西的话），但我们一点也不知道，这些法官或他们的环境中究竟有什么东西能解释他们的文学才能。他们的教育并没有明显地不同于与他们同时代但没有文学写作能力的法官所受的教育，包括像威廉·霍华德·塔夫脱（William Howard

---

〔56〕 Letter to Morris Cohen, Feb. 5, 1919, in *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* 110 (Richard A. Posner ed. 1992).霍姆斯本人推测说，“我从我母亲那里继承来的一种怀疑秉性很可能同我的思考方式有某种联系。”同上。关于他的父亲，霍姆斯在给费利克斯·弗兰克福特的一封信里作出了下面的有趣评论：“我昨晚读到了一篇有关优越情结的文章，它使我怀疑，我的父亲当然教给了我很多东西，也对我做了很多好事，但他是不是也伤害了我，因为他对他自己和对他儿子在身体上的短处胡说八道，也因为其他一些讥讽的批评。至少他使他的儿子很难自高自大。一个孩子被一块石头撞倒从而了解了现实，这在一定限度内是件好事。” Letter from Holmes to Frankfurter, May 21, 1926, in *Holmes and Frankfurter: Their Correspondence, 1912–1934* 214 (Robert M. Mennel and Christine L. Compston eds. 1996).

Taft）和查尔斯·埃文斯·休斯（Charles Evans Hughes）这样的法官，他们两个人都有着令人恐惧的智力。

如果说司法成就中的文学因素在某个意义上使司法传记变得更为复杂，那么文学因素的消退在另外一个意义上也使司法传记变得更为复杂。今天，很少有法官亲自写作自己的意见或演讲稿，即使是最为著名的法官也是如此（威廉·布冉能［William Brennan］即是一个值得注意的例子）。写作的任务被委派给法官助理，而且常常没有什么监督；有时甚至连选择法官助理的权力也委派给了别人。司法产出越来越具有公司化的性质。（它一直都是如此，尽管是在更为有限的意义上，因为大多数法官都大量依赖律师们的诉状。）现代法官的传记可能会变得类似于通用汽车或者纽约公共图书馆的历史。

368

问一问谁会写司法传记、谁会阅读司法传记，我们就可以把注意力集中到有关司法传记的特殊问题上面。两个问题的答案都是，主要是律师。很少有其他人有兴趣阅读法官的生平，因为法官对于公众来讲一般是朦胧的、有些难以亲近的人物。如果司法传记的读者群主要由律师组成，那么其作者也应该是律师这一点就有些逻辑性，因为他们更适合同作品的主要受众进行交流。而且，外行人写作司法传记会很困难，这不但是因为法官处理的是技术问题，而且还因为常人很难理解法官的角色。不是律师的人倾向于或者轻信法官们关于自己没有利害关系的那些自私自利的修辞、或假定法官仅仅是政客（如果作者分享着法官的政治观点的话，作者就会说法官是"政治家"）。事实情况是在两者之间。

尽管有关最高法院大法官的一些著名传记，从贝弗里奇（Beveridge）的约翰·马歇尔生平开始，都不是律师撰写的，但结果却良莠不齐。例如，梅森给哈伦·菲斯克·斯通（Harlan Fiske Stone）所

写的传记[57]就没有写出斯通的本来面目，而是按照他想让公众认为斯通是个什么样的人来写的。[58]我们发现，梅森是那个容易受骗的公众一员。法官是极能虚张声势的人，不是律师的人很难看穿这些虚张声势，除非他们非常挑剔——尽管即使对法律职业也有可能挑剔过了头。

但是，身为律师的传记作者在撕破这一外表方面通常也做得好不到哪里去，尽管原因有所不同。对法官的尊重在法律文化中根深蒂固。这在部分上是因为法官拥有针对律师的权力（选举产生的法官对律师的权力较小，所以较少受到尊重），也因为，像所有的行会或专业一样，律师们倾向于一致对外。法官的正直和聪明是律师们给外行人绘就的法律"官方"图画的基石。即使在写作传记时，律师们也不愿意为法官的本来面目而弄脏自己的老巢。这样，律师同真实性之间的关系也是一种矛盾的关系；他们注定是这个行业——写作传记——的不可靠的从业者，而这一行业本身同事实性之间的关系也令人生疑。作为说模棱话的老手，律师们可以更轻松地为一个立场辩护而不是去发现事实的本来面目。身为律师的传记作者会很自然地写作诉状为他的对象辩护，或偶尔地反对自己的对象。执业律师比法学教授更是这样，而大多数司法传记作者都来自后者。[59]但是很少有法学教授能够完全避免他们的训练出来的律师视角。

369

---

〔57〕 Alpheus Thomas Mason, *Harlan Fiske Stone: Pillar of the Law* (1956).

〔58〕 Philip B. Kurland, Book Review, 70 *Harvard Law Review* 1318 (1957). 也请看 J. Woodford Howard, Jr., "Alpheus T. Mason and the Art of Judicial Biography," 8 *Constitutional Commentary* 41, 48–49 (1991). 传记作者认同他的对象这个问题当然并不限于司法传记，就更不限于非律师写的司法传记了。请比较 Eva Schepeler, "The Biographer's Transference: A Chapter in Psychobiographical Epistemology," 13 *Biography* 111 (1990).

〔59〕 尽管一部更好的司法传记是由一位执业律师写的：Willard L. King, *Melville Weston Fuller: Chief Justice of the United States, 1888–1920* (1950).

一个律师越是真正相信法律职业的官方的、仍然广泛相信的、甚至传播得更为广泛的有关法律的观念，他就越不可能认为写作司法传记是一项值得的事业。在法律形式主义最极端的版本中，法官是一位先知或是一台计算机器；他的人格、生平历史、价值观、家庭以及政治观点根本不会进入他的判决。在这里，分离的问题是以最为尖锐的面目出现的。今天没有哪个律师那么形式主义了，而且，不管怎样，我们可以写一部形式主义传记来表明法官的生平没有影响他的判决；在冈瑟尔写的汉德写的传记当中就有这一主题的迹象。尽管如此，在我们从形式主义极端走向现实主义的过程中，传记作为司法判决的一种解释方式的吸引力在不断增长。写作和阅读有关最高法院大法官传记的理由之一就是，我们怀疑他们的决定是否完全由法律规则决定的；我们认为个人因素肯定起了重要作用。[60] 所以很奇怪，法律现实主义者没有写作司法传记；也很奇怪，他们的作为"法治"怀疑论者、作为批判法律研究运动追随者的后继者们对法官生平也没有表现出什么兴趣。

法学院并不鼓励消耗时间的学术项目。在历史上、甚至是在今天，很少有法学教授喜欢这种项目或受过相关训练。法学教授没有成群的研究生来帮助自己，尽管他们可以从法律学生那里得到一些帮助。他们有着、或者说他们中很多人有着繁重的教学任务。他们不断被迫参与大学管理活动，因为他们的律师天分特别适合这方面的工作。并且他们很容易受到脱离自己的学术责任的诱惑，去从事法律咨询、公共服务以及其他"真实世界"的课外活动。所以并不奇怪，重要法官的传记常常会耽搁很久才出现。马克·德吴尔夫·霍威（Mark DeWolfe Howe）在给霍姆斯写完传记之前就过世了，他指定的继承者格兰特·吉尔摩尔（Grant Gilmore）也随后离开了人间。汉德传记在受托写作 30 年之后才出版。由法学教授创作的勃兰戴

〔60〕 Phil C. Neal, "Introduction," 载于同书，页 vii

斯、卡多佐、弗兰克福特以及杰克逊的传记尚未面世。安德鲁·考夫曼（Andrew Kaufman）已经为卡多佐写成了一部极好的传记，并且很快就会付梓。但是它的写作过程几乎花了40年。

最为糟糕的是，律师或法学教授的训练或经历中没有任何东西使他们适合写作传记。他所受的训练并不是写作叙事，也不是以同情理解的方式描写人类；学术法律人、甚至那些有过法官助理经历的学术法律人也很少知道当法官的感觉究竟如何。对于司法传记中最受欢迎的对象、亦即霍姆斯来讲，这个领域中的弱点并不怎么重要。他的传记主要是用霍姆斯的信件和司法意见写成的。其中的同情理解的观察者是霍姆斯本人。但是在另外一个意义上，缺乏同情理解力是为霍姆斯写作一部适当传记的严重障碍。在他的大多数传记作者看来，他的视角是格格不入的。他不够"政治正确"。确实，他支持犹太人；但是在今天这还不够好；他有关黑人和妇女的观点在他的时代是传统观点。我们知道，他是人种改良的提倡者——而且不是一个和平主义者！他反对政府干预经济，反对收入和财富的再分配。他崇拜强盗资本家。他不是传说中那种耐心的司法艺术家。（还记得第9章中洛克纳案反对意见的缺陷吗？）他并不完全的前后一贯。他看起来不完全讨人喜欢。他坚决地隐藏了他的"内在自我"。他熟读了伟大的作品，所以变得有点乏味，因为他不断重复而且有时以自我为中心、洋洋自得。最糟糕的是，他广博的智识超过了他的传记作者，所以他们难以涵盖他、而同时又不断地感到自己必须替他辩解。霍姆斯有好的传记，[61]但是权威性的霍姆斯传记还没有出现，可能永远不会出现了。

霍姆斯的个案很特别。很少有司法传记作者能够应对司法传记所面对的一般挑战，这种挑战就是为不喜欢内省的乏味之人写作同

370

[61] 请看，例如，Sheldon Novick, *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes* (1989); G. Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Life* (1993).

情理解的和引人入胜的作品。写作一部传记要求极大的勤勉和耐心，这些特点很多学院律师都有，但是勤勉和耐心还不足以产生第一流的传记。*Sitzfleisch* * 和文学才能并不是天生的一对。缺乏文学技巧会妨害写作好的司法传记，就像它妨碍对抗论的法律学者写出好的自传一样。如果一部传记想要有小说的魅力，那么它的对象就必须像小说的人物一样有趣，而这在司法传记中绝少可能。传记通常必须用事实说话，但是传记在事实性上有着严重的问题。

如果乏味的人会导致乏味的传记，那么几个较为有趣的法官就变成了司法传记不可避免的注意中心。但是，后果是造成了有关司法过程的扭曲了的印象。大多数法律是由普通法官做出的，而不是由出众的法官做出的。霍姆斯、勃兰戴斯、卡多佐、汉德以及其他几个人当中的每一个人都要比这个小圈子之外的任何一位法官更具影响力。但是普通法官对我们法律的形态做出的贡献加在一起要大于那个小圈子所做的贡献，这是因为法官制定的法律具有逐步增加和等级性的特征，也因为普通法官的数量比出众法官的数量要大得多。[62]

371

并不奇怪，大多数司法传记实际上不配叫传记，一个例子是查尔斯·费尔曼（Charles Fairman）给塞缪尔·F·米勒（Samuel F. Miller）写的传记，他19世纪后半期在最高法院任职。[63]费尔曼的传记的书名很能说明问题。他用一个尊称（“大法官先生”［Mr. Justice］）代替了那个人的名字（甚至很少有律师知道），并且清楚地表明，他对米勒惟一感兴趣的地方是，他在最高法院历史上的一个喧嚣时期（有没有别的喧嚣时期？）长期在该院任职。米勒从来没有变得活生生的。很可能是无意间传达出来的印象是一个浮华的

---

* 德语，指有耐心，能够持久地从事同一项工作——译者

〔62〕请看 Posner，上注〔30〕，第3章。

〔63〕*Mr. Justice Miller and the Supreme Court*, 1862 ~ 1890 (1939).

笨蛋，精力充沛、满怀好意，但却智识平庸，在视野上传统得彻头彻尾。狄更斯可以让一个自以为是的傻瓜显得很有趣。费尔曼却不行。作品很做作，并且充满了对最高法院及其成员的尊敬姿态。它是一部属于行会、为了行会的作品。〔64〕金（King）为另一位最高法院老前辈、首席大法官富勒所写的传记〔65〕要比费尔曼的书写得好，为一个好人画了一幅生动的画像，尽管他是一个不如米勒重要的司法人物。费尔曼是个杰出的学者，而金根本就不是学者，并且费尔曼有一个更有潜力的写作对象和一个更加有趣的历史时期。但是金的传记是一部真正的传记，而费尔曼的传记是最高法院历史的一个片断，点缀着从该院一个不太有趣的成员的不太有趣的私人信件中引用的段落。

甚至杰拉德·冈瑟尔为勒尼德·汉德写的辛苦、细致、优美的传记〔66〕也有严重的缺陷。〔67〕其中之一是它意识形态的模式，这使冈瑟尔忘记了勒尼德·汉德的生涯的真正意义。冈瑟尔是一位宪法学者，所以希望让汉德成为宪法审判中自我约束态度的代言人。汉德确实写过几篇值得注意的宪法意见，并且就宪法解释作过一系列讲座，但他大部分司法生涯都致力于制定法和普通法案件，并且他是在这些领域里而不是在宪法领域里给美国法律留下了持久的印记，并且赢得了美国历史上最伟大下级法院法官的美誉。但是汉德的非宪法性判例在冈瑟尔的长篇大著中只受到了较少的关注，因为它们远离司法自律的主题，而他因为自己在传记之外的兴趣和所致

372

〔64〕请比较 Morton J. Horwitz, "The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History," 17 *American Journal of Legal History* 275 (1973).

〔65〕请看上注〔59〕。

〔66〕上注〔44〕。

〔67〕请看我的评论，"The Hand Biography and the Question of Judicial Greatness," 104 *Yale Law Journal* 511 (1994). 关于一个更具雅量的评价，请看 Michael Boudin, "The Master Craftsman," 47 *Stanford Law Review* 363 (1995).

力的工作而着迷于这个司法自律的主题。

就像所有意识形态传记一样，作者让自己的对象代表或者反对一个理想型的愿望导致他们对一些粗糙的边缘进行修饰。冈瑟尔描写的汉德是一块比较粗糙的钻石；真正的钻石甚至更为粗糙。有关汉德传记的意义还有一个更为严重的问题，这就是内在自我同外在成就之间的割裂，而更加深入地或更加直率地面对汉德的怪癖只会放大这个问题。[68]汉德这个人所具有的那种不安全感、粗俗无理、坏脾气、惧内、野心、感情化、神经质在他的司法意见中看不出来。尽管冈瑟尔试图把他在汉德司法自律哲学的根基中找到的怀疑主义同汉德的个人不安全感联系起来，但这一努力失败于那个常见的问题，即很难证明反事实。汉德的司法自律哲学是来自霍姆斯，而霍姆斯一点也没有汉德的不安全感。尽管如此，不安全感仍然可能是成为一个自律法官的一个充分但不必要的条件。但我们可以很容易地列出一些有着个人不安全感的司法激进主义者。

司法传记一个令人奇怪的特征是，一位法官越是具有政治性，他的传记就越是能够说明问题。休果·布莱克是被从参议院任命到最高法院的，在参议院时他就因为自己的党派性而受到注意，他作为最高法院大法官不大可能没有政治性，而且他确实有政治性。他是一个聪明人、一名能干的律师、也是一位文笔优美的作家，但在根本上他是一个穿着法袍的政治家；他在宪法上留下的印记完全是个人化的印记。纽曼（Newman）的传记指出了可能形成布莱克政治观点的一些个性因素和生平经历，并且这样可能有助于解释布莱克为什么会是他那种最高法院大法官。这种进路如果用在霍姆斯、汉德或是卡多佐身上就走不了那么远。这不是因为这些法官的判决 373

[68] 有关赫牛为弗兰克福特所作的心理传记的一篇极好评论论证了一个类似的观点。George Kannar, "Representative Egos," 16 *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 875, 886–889 (1982).

不受法律之外的知识和经历的影响，而是因为，我们除了对他们在具体案件中的投票感兴趣之外，还对其他很多东西感兴趣，也是因为，即使那些投票也无法对应一个简单的意识形态或个人偏好的规律。

两部最好的司法传记尚未出版；而且这可能是表明这个文学类型正在改进以及我的悲观为时过早的一个迹象。第一个是安德鲁·考夫曼的卡多佐传记。作为一部极其细致、十分精确的著作——这是40年工作的结晶——它是权威性的；我怀疑会不会再出现关于卡多佐的足本传记。它并不是一部生动的著作，因为卡多佐并不是一个非常有趣的人、也没有非常有趣的生平，并且考夫曼也抵制住了那种诱惑，即用卡多佐时代的简史或卡多佐遇见过的有趣的人的传记性素描来拉长他的生平。该传记所专注的是卡多佐的审判，而这正是他的生活。这些意见被传记进行了分解，它们的风格和内容被让人信服地联系到卡多佐做法官之前当律师的经历，也被联系到他的个人和专业价值观、秉性以及思想倾向。

在为拜伦·怀特写的传记《一个从前被称作能手怀特的人》上，丹尼斯·哈钦森（Dennis Hutchinson）有着相当的优势，因为他所写的是一位在成为法官之前的生涯同霍姆斯一样有趣的法官。怀特出生和成长于科罗拉多州一个小镇的普通环境当中，在大学和专业橄榄球上都取得了骄人成就，当了罗氏奖学金研究生，是耶鲁法学院历史上最为出色的学生之一，在第二次世界大战中作为海军军官他经历了神风队的攻击，给一位最高法院大法官当过助理，帮助肯尼迪（他在战前在英国遇见肯尼迪，并同他在太平洋舰队中一起短暂服过役）当上了总统，作为罗伯特·肯尼迪（Robert Kennedy）的助理检察总长他也干得非常出色（在“自由骑士”危机中降伏了亚拉巴马州州长）——所有这些都发生在1962年他年仅45岁被任命到最高法院之前。现在，在最高法院工作了30年退休之后，怀特不但是一个真正的美国英雄，而且也是一个谦虚得近乎病态、有着毫

无瑕疵的私人和公众品行的人物，并且，总的看来，他是我们找得到的最值得钦佩的人之一。

就像哈钦森的传记表明的一样，除了法律分析能力之外，怀特也有着我们敬重的法官身上的一些特点，在怀特被任命到最高法院之前的生平中我们就看得出这些特点。首先，他足够聪明、足够谦逊，不担心自己在历史上的地位——这种担忧是次等的最高法院大法官们的祸根。最高法院并没有使他飘飘然。他理解法官作为立法者、行政者、政治科学家和道德导师所面对的局限。他避开了浮夸。他思想独立、意志坚定、而且——我们特别应该因为这一点敬重一位最高法院大法官——对于批评或赞扬真正地毫不在意，尽管这仅仅一部分是品性使然，而另一部分都是他终生轻蔑记者和学者的结果。但是他的伟大优点同他的极大弱点同时存在。他没有想像力；没有好奇心；没有文化气息；对历史或社会科学没有感觉；不理解司法意见同个案结果相互区别的重要意义；没有写作风格；最为重要的是没有智识上的方向，以至于不存在一条能够把他的判决穿在一起的主线——它们不能组成一个连贯的整体。在他坚定的非智识化和狭隘方面，他非常像英国法官——而英国法官没什么不好，但是他们没有美国法官、特别是美国最高法院法官的自由裁量权或政治责任。

374

这是我给作为法官的怀特所列的平衡表，不是哈钦森列的。《一个从前被称作能手怀特的人》坚决地、明智地不作判断。它列出事实，然后让读者得出自己的结论。事实中包括两个非常重要的否定判断：怀特没有方向的法理学并不是他在耶鲁法学院所遇到的法律现实主义的产物，而且也不是罗斯福新政的产物。这些观点对于理解怀特的司法业绩很重要。怀特代表了一种非常普遍的现象——而且不但是在美国——即智力同智识的割裂。他很可能是一个同霍姆斯一样有能力的法律分析者——可能比霍姆斯还更胜一筹。但是，与霍姆斯不同的是，他没有智识的兴趣。他生硬、沉默寡

言，看起来像是把文化、抽象的思想以及优美的文笔都当作是娘娘腔。考虑到怀特小地方的出身以及他受大萧条、体育运动以及战争塑造的经历，包括职业橄榄球和战争时常打断他的学业以及他法律执业的性质（他曾经在一个中等城市当办公室律师），这种观点不难理解。不难理解，但也让人遗憾，我在第8章中对司法修辞的讨论会对理解这一点有所帮助。我强调过修辞在伟大法官的声誉和业绩中的重要性；怀特的例子使那种重要性显得更为显著，因为他是一个极有能力的律师，有着道地的品行和良好的司法气质，本应成为一个伟大的最高法院大法官。

所以，在根本上，成功的司法传记所面临的障碍并不是克服不了的。但这些障碍令人生畏，使司法传记成为几乎像对抗论的讲故事一样可质疑的"文学性的"法律学术，而且使除司法传记之外其他可供选择的文学类型的效用问题也变得更为紧迫。[69]这些并不缺乏。因为人们对法官感兴趣的地方主要是他们的意见和他们的投票（有时是他们在幕后对自己同事的影响力），所以除了研究法官生平之外的另外一个明显选择就是研究法官的意见、哲学、风格、遗教和影响。每一位著名法官都聚积了大量这种类型的评论——如此大量以至于去问一部传记能够为理解和批判作为法官的法官增加些什么东西这样一个问题，是一个合法的问题，而不仅仅是一个不相干的问题。同一些传记相比，托马斯·格雷、G·爱德华·怀特以及其他人就霍姆斯的法理学所写的见解深刻的论文可以让我们更多地了解霍姆斯。

因为上诉法官是作为委员会来判决案件的，所以在传统司法传

〔69〕 J. Woodford Howard, Jr., "Commentary on Objectivity and Hagiography in Judicial Biography," 70 *New York University Law Review* 533 (1995)，讨论了这些文学类型中的一些例子。霍华德（Howard）是一部值得注意的有关弗兰克·墨菲（Frank Murphy）大法官的传记和一部对司法系统的不错的另类研究的作者。J. Woodford Howard, *Courts of Appeals in the Federal Judicial System* (1981).

记之外的一个特别有吸引力的选择就是去研究一个法院在某个特定时期的全体成员。例子之一是马文·希克(Marvin Schick)对勒尼德·汉德任首席法官时期的联邦第二上诉法院的研究。[70]希克的书受到了亨利·弗兰德利法官的恶毒批评，[71]基本上被冈瑟尔忽视了（但他确实引用了这部书），尽管它对汉德的法官工作的重要方面处理得要比那部传记更为深入。希克的不错的书里面可能有几样东西冒犯了弗兰德利，可能也冒犯了冈瑟尔。首先是他对作为法官的汉德所作的不够虔诚、尽管十分尊敬并且总体上是正面的评价。第二个是，他暗示说汉德的法院里有"自由派"和"保守派"，而且这两翼之间的平衡决定了一些案件的结果。第三个是，希克愿意把家丑外扬（尽管"扬"的范围非常之小），因为他披露了该院两个最为著名成员杰罗姆·弗兰克同查尔斯·克拉克（Charles Clark）之间幼稚的宿怨。第四是喜欢量化，尽管这受到了弗兰德利法官的不大情愿的赞许。在一系列表格当中，希克报告了每一个法官被最高法院维持和推翻的"记分板"，并且证明第二上诉法院的"自由派"法官和最高法院的"自由派"法官都倾向于以相同的方式投票，而两个法院中的"保守派"也是类似。第五个，也是最后一个，是一个社会科学家在评价法官时所表现出来的放肆。

所以，希克对法律当权派犯下的罪恶很多：他没有对一位司法圣人的神龛顶礼膜拜，他把司法过程当作政治化的和个人化的过程来处理，他假定一个不是律师的人也可以评判法律行业中受尊敬的成员，以及他把案件简约为统计数字。弗兰德利法官透露内情 376

---

〔70〕 Schick, *Learned Hand's Court* (1970).

〔71〕 Friendly, Book Review, 86 *Political Science Quarterly* 470 (1971). 前两个句子就确立了该评论的语气："因为有限的接触，马文·希克在他的前言中怀疑，通过努力使用律师熟悉的一些技术以及政治科学家使用的一些技术，他是否'已经成功地让任何一类人满意了'（页 xii）。作为一个律师，我可以确认他的怀疑；按照我的猜测，政治科学家们也会有些怀疑。"

说，如果读者跳过该书的大约前2/3，然后对剩下的部分只要浏览一下，“如果这样阅读，那么这部书对于第二上诉法院黄金时期的崇拜者们来说可以很可口。”[72] 这应该成为评判关于法官的学术著作时使用的标准吗？

我们需要更多像希克那样的书，更少的司法传记。从希克的书里我们可以学到很多关于司法过程的东西（起码从法律之外是怎么看司法过程的）；这正是我们当中的大多数人，不论是法官还是律师，阅读司法传记的目的。我们对于其他法官的生平所怀的好奇心则可以用传记性论文来满足，这种论文很多。[73]

希克的进路仅仅是传记以外的很多选择中的一种。研究的着眼点可以停留在一位法官身上，而不是他的法院，但是可以研究法官的工作而不是他的生平。[74]量化的进路可以扩大，可以研究一个或一些法官的意见的司法引用或学术引用中的规律。[75]如果一个人想要研究种族和性别对司法表现所起的作用，那么，同单个的黑人法官或女法官的传记相比，用种族和性别作为解释性变量的计量研究会产生更客观的结果。

---

〔72〕 同上，页476。

〔73〕 请看，例如，Charles E. Wyzanski, Jr., "Augustus Noble Hand," 61 *Harvard Law Review* 573 (1948)；以及弗兰德利法官所写的有关汉德、勃兰戴斯以及弗兰克福特的论文，in Henry J. Friendly, *Benchmarks* (1967)。我个人喜欢的是埃德蒙德·威尔逊（Edmund Wilson）关于霍姆斯的论文，载于威尔逊的书 *Patriotic Gore: Studies in the Literature of the American Civil War*, ch.16 (1962)。也请看 Louis Menand, "Bet-tabilitarianism: The Principles (Sort of) of Oliver Wendell Holmes," *New Republic*, Nov.11, 1996, p.47.

〔74〕 有关一个值得注意的例子，请看 Stephen W. Baskerville, *Of Law and Limitations: An Intellectual Portrait of Louis Dembitz Brandeis* (1994)，特别是第6章。请对比 David P. Bryden, "Brandeis's Faces," 1 *Constitutional Commentary* 281 (1984)；Clyde Spillenger, "Elusive Advocate: Reconsidering Brandeis as People's Lawyer," 105 *Yale Law Journal* 1445 (1996).

〔75〕 请看 Posner，上注〔67〕，页536－539（表格1）；Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, ch.5 (1990).

法官的意见应该同律师的诉状进行对比，[76]这样不但能够确定法官的“增加值”，而且也能确定他对记录在案的事实以及双方的论证的细致程度。尽可能找出法官阅读的东西（因为一个人阅读可能会塑造他的视角、风格以及哲学），以及，更为宽泛地，他是怎样为自己取得有关周围世界发生事情的信息的，这也很重要。[77]在描写对象是一个上诉法官时，应该对他的同事进行一次评价，因为一位上诉法官的表现既会被他们所增进、也会为他们所抑制。汉德因为有着异乎寻常的好同事而受益匪浅；霍姆斯则抱怨过同事对他的意见进行了过度编辑。一个法官所在法院办案量的大小和案件构成也很重要，案件怎样分配也很重要——是随机分配（各州上诉法院在过去和现在都很普遍），或是由首席法官分配。

对于那些在法官助理代笔的时代里很活跃的法官，我们必须努力把法官的作品同他枪手的作品区分开来；所有的法官都是他们所有意见的作者，这种礼貌的虚构必须抛弃，在为了学术研究目的时就理所当然更应该这样。我们迫切需要对法官进行一次这样的非传记性的研究，即研究文学性法官的消失对于美国法律来讲意味着什么。

---

[76] 请看同上，第6章。

[77] 这并不是一个新的想法。请看 Lynford A. Lardner, "Judges as Students of American Society," 24 *Indiana Law Journal* 386, 389–390 (1949). Baskerville，上注〔74〕，页274，指出勃兰戴斯的司法判决“并不是被一套特别‘法学的’价值观所决定的，而是被一般化的社会、经济和政治信念所决定的，这些信念不但来自于对法律的研究，也来自于对文学、历史以及社会科学的涉猎。”

▼
▼
▼
第十一章

作者身份、创造力和法律

什么是“作者”？

我们把一部虚构的文学作品看作一个特定个人的作品（少数情况下会看作两个或更多人的合作——例如康拉德和福特、博蒙特［Beaumont］和弗莱彻［Fletcher］或者《旧约》各书的作者，从中我们可以看出多个人的手笔）。并且这个人，即“作者”，“发明”而不只是复制或者模仿某个先人的文本。给作者授予权利和施加义务的法律就基于对创作过程的这一描述。这种描述并不是绕不过去的。就像我在第7章中引用福柯所说的，把具体的作品归于作为作者的具体个人，以及这种归属所带来的所有伦理的、阐释的和法律

381

的意含，都是文化的建构物。[1]文学作品过去常常是匿名出版的，或者其作者身份常常归于国王或者像缪斯女神这种虚构的实体。[2]虚假的归属以把显然是由枪手写作的作品归于枪手之雇主的形式一直存续到今天。所以"作者身份"是一个功能性的而不是天然的称呼——这意味着，作者并不一定要做一些自然确定的事情才会拥有作者身份。一部作品只有当是由你制作的而不是你发现、复制或者赞助的，才能称作是你的作品，这个思想是特定文化的传统。莎士比亚在现代的标准看来是一个剽窃者，但是在他的时代的标准看来却不是。[3]强有力的抄袭概念依赖于一种确信，即创见是创造力的心脏，也依赖于对文学和非文学的区别，前者定义为虚构的范畴，而后者定义为非虚构的范畴。一部非虚构作品的作者受到事实

---

[1] 把福柯的洞识应用于本章所讨论的版权和相关问题的文献的很好例证见于 *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature* (Martha Woodmansee and Peter Jaszi eds.1994) 中所载的论文，以及 Mark Rose, *Authors and Owners: The Invention of Copyright* (1993). 也请看 James Boyle, *Shamans, Software, and Spleen: Law and the Construction of the Information Society* (1996); Cynthia J. Brown, *Poets, Patrons, and Printers: Crisis of Authority in Late Medieval France* (1995); Robert H. Rotstein, "Beyond Metaphor: Copyright Infringement and the Fiction of the Work," 68 *Chicago - Kent Law Review* 25 (1993). 关于著作权的起源，也请看 Fedor Seifert, *on Homer bis Richard Strauss: Urheberrecht in Geschichten und Gestalten*, chs.1 - 10 (1989).

[2] 类似地，在被认为是来源于神或者代表了神的时候，宗教艺术作品也是不署名的。Béatrice Fraenkel, *La Signature: Genèse d'un signe* 168 - 174 (1992).

[3] 但是他可能曾经被指控进行了抄袭，一位同他竞争的剧作家，罗伯特·格林 (Robert Greene)，把莎士比亚称作"一个暴发户乌鸦，用我们的羽毛来美化自己"，这是对抄袭进行的指控。这一观点受到了勇敢的论证，请看 J. Dover Wilson, "Malone and the Upstart Crow," 4 *Shakespeare Survey* 56 (1951). 也请看 Peter Berek, "The 'Upstart Crow,' Aesop's Crow, and Shakespeare as a Reviser," 35 *Shakespeare Quarterly* 205 (1984). 但是大多数学者都不同意。请看，例如，Leo Kirschbaum, "The Authorship of 1 *Henry VI*," 7 *Publications of the Modern Language Association* 809, 814 - 815 (1952); Harold Ogden White, *Plagiarism and Imitation during the English Renaissance: A Study in Critical Distinctions* 100 - 106 (1933). 关于抄袭同侵权之间的区别，请看下注 [36]。

的限制，所以他的作品一定会类似于其他作者就同一问题所写的作品。虚构作品的作者则不受这样的限制，所以同在先作品之间的类似就会受到怀疑。

我在本章中讨论的对文学过程的三种法律规制都同作者身份和创造力的本质有关系。第一种是有关用虚构作品进行的诽谤（以及与此密切相关的侵犯隐私权）的侵权法，这发生于一部表面上看起来是虚构作品的作者把真实人物以可辨认的形式添加到其中，并且讲述关于他们的具有诽谤性质的假话。第二种规制的类型，也是最为重要的，是版权法，它限制着我们在莎士比亚和很多其他在现代意义上的著作权法出现之前进行写作的伟大作家身上发现的那种“创造性的复制”。第三种类型，即第二种类型下面的一个分支，是把适当使用的概念（它是侵犯著作权的一个辩护理由）适用于戏仿——即依赖于对被戏仿的原始作品进行复制的那些作品。 382

通过小说诽谤

公开责难一个活人的品行，并且听起来可信，这种陈述侵害了他的名誉，因此使别人更加不愿意同他进行个人或商业上的交易，从而造成了伤害。不管该陈述是真是假，都是如此，但它们在规范上的意义当然不同。关于一个人的品行或者能力的真实陈述能够促进声誉市场的有效运作，虚假陈述会使这个市场失真，就像欺诈会使货物和服务的市场失真一样。[4]用经济学的术语说，这种失真的成本是“外部的”：除非受到强迫，作者或出版者不会承担这些成本，有关诽谤的法律意图就是强迫作者和出版者承担（“内部化”）

[4] 对于这种分析声誉之方法的详尽阐述，请看我的书，*Overcoming Law*, ch.25 (1995).

这些成本。

在有关诽谤的法律中，真假的问题使适用于小说生产者的法律变得很有疑问。[5]如果作品真的是一部小说、并且也是以此面目出现在读者面前的，那么它的意图就是不要信以为真。出于同样的原因，如果它被相信了，那么就不存在真实性的辩护理由。这种两难选择是真实存在的，但这种表述方法例证了给文学强加武断定义的做法存在着错误。甚至诗歌，所有文学类型中最具"文学性的"类型，也常常跨越真实同虚构之间的界限。叶芝有很多诗歌在某个层面上都是关于真实人物的，比如莫德·冈娜和罗伯特·格雷戈里，以及真实的事件，比如复活节起义。不能把一部戏剧、小说或短篇故事放到一个贴着"虚构——请勿信以为真"的标签的盒子里。一些虚构作品是，或者至少在起源上是，说教性质的（想一想斯威夫特、奥威尔以及C·S·刘易斯），并且含有一种作者十分想让读者接受的——政治的、宗教的或者伦理的——倾向性观点。有些是影射小说——对真实人物和真实事件稍加遮掩的描写。甚至那些并不属于上述任何分类的虚构作品也常常——实际上总是——充满了作者的熟人和亲戚，[6]并且常常只是稍加掩饰。比如，普鲁斯特的伟大小说中的一些主要人物都有着真实生活中的原型（比如哈斯代表斯万，孟德斯奇欧代表查卢斯），尽管大多数都是复合起来的人物。《尤利西斯》中有很多人物也显然是以真实人物为原型的，比如巴克·姆利甘是基于奥利弗·圣·约翰·高加提。而且，小说人物常常是

[5] 这招致了相当多的法律评论文章去评论通过小说进行的诽谤所产生的责任。其中的一个例子，请看 Mary Frances Pechtel, Comment, "Classical Malice: A New Fault Standard for Defamation in Fiction," 55 *Ohio State Law Journal* 187 (1994).

[6] 关于一位伟大作家是怎样把活人和真实事件转变成为小说描写对象的详细的、具有代表性的记述，请看 Norman Sherry, *Conrad's Eastern World* (1966); Sherry, *Conrad's Western World* (1971).

基于被描写得不那么好看的活人[7]——这些人都是潜在的诽谤诉讼的原告。一个例子是在《荒凉山庄》中用哈罗德·斯基姆普洱的名字描写了浪漫主义诗人利·亨特（Leigh Hunt），前者敲诈贾迪斯先生，成了孩子式的自私和不负责任的代名词。[8] 利·亨特的感情因这种描写受到了很大伤害，狄更斯为此给他写了一封致歉信。[9] 枯燥无味的学究喀索庞是《米德尔马齐》(*Middlemarch*)中最吸引人的人物，他显然是基于乔治·艾略特从前的一位资助人布拉班特博士（Dr. Brabant）。奥托琳·茅利尔女士（Lady Ottoline Morrell）在《恋爱中的女人》(*Women in Love*)中成了赫麦妮·罗迪斯，遭到了D·H·劳伦斯的猛烈抨击，而《哈姆莱特》中的波洛涅斯可能是基于伯利勋爵（Lord Burghley）。[10]

---

〔7〕 请看 William Amos, *The Originals: Who's Really Who in Fiction* (1985); H. M. Paull, *Literary Ethics: A Study in the Growth of the Literary Conscience*, ch.22 (1928); Thomas Mann, *The Story of a Novel: The Genesis of Doctor Faustus* (1961)，特别是页 87－88、199、216、218; Henry Ordower, "Protecting Defamatory Fiction and Reader－Response Theory with Emphasis on the German Experience," 22 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 249 (1992); Randy F. Nelson, *The Almanac of American Letters* 181－204 (1981). 文本中"活人"的重要性在于，对死人进行诽谤通常不是侵权。

〔8〕 Doris Alexander, *Creating Characters with Charles Dickens* 42 (1991).《荒凉山庄》中的其他几个角色是基于狄更斯个人认识的作家。同上，页 40－48。《大卫·科波菲尔》中声名狼藉的乌利亚·希普（Uriah Heap）是基于汉斯·克里斯蒂安·安德森（Hans Christian Anderson）！同上，页 78。《红与黑》中的裘利安·索列尔是斯汤达在报纸中读到的有关两个罪犯的描写同斯汤达本人之间的融合。请看 Wallace Fowlie, *Stendhal* 91－98 (1969). 当一个虚构角色是几个活人的复合体时（这种情况很常见——请看，例如，Albert Rothenberg, *The Emerging Goddess: The Creative Process in Art, Science, and Other Fields* 312－315, 326－327 [1979]）诽谤的危险要小得多。

〔9〕 Paull，上注〔7〕，页 246－247；但是请比较 *Oxford Companion to English Literature* 485 (5th ed. Margaret Drabble ed. 1985).

〔10〕 Ruby V. Redinger, *George Eliot: The Emergent Self* 134－135, 470－471 (1975); Louise DeSalve, *Conceived in Malice* 164－207 (1994); A. L. Rowse, *William Shakespeare: A Biography* 323 (1963).

一些虚构作品把真实人物加入戏中以增加真实感或为了达到其他目的：请想想《战争与和平》中的拿破仑、《迈克尔·克拉斯》中的马丁·路德、《拉格泰姆》中的布科尔·T·华盛顿（Booker T. Washington）、《夏洛克行动》中的阿哈隆·埃坡费尔德（Aharon Appelfeld）、马洛的《马耳他的犹太人》中的马基雅维利（Machiavelli）。一些真实人物以他们真实的名字出现在《尤利西斯》当中。很多文学作品在最初写作时是作为非虚构作品的，所以是“关于”真实人物的：像博斯韦尔（Boswell）的《约翰逊生平》、吉布（Gibbon）的《兴衰史》（*Decline and Fall*）以及奥威尔的很多新闻作品。那么莎士比亚的戏剧又是怎样的呢？那些历史（包括罗马）戏剧——是历史性的。《尤利乌斯·恺撒》中只有一个角色（男孩卢西斯）没有在普鲁塔克写的恺撒或勃鲁托斯生平中出现。

384

有些文学作品的意图就是要诽谤。[11] 但丁把自己的敌人以真实的名字放到地狱当中，尽管这些人都死于1300年之前，即《神曲》中所描述的事件发生的日期。伟大的、但被判永受折磨的情人保罗和弗朗西斯卡都是真名、真实的佛罗伦萨人。莎士比亚在他的历史剧中毫不留情地毁谤了约克众议院。蒲柏的《群愚史诗》（*Dunciad*）是对文学敌手的广泛毁谤，德莱顿的《麦克·福莱克诺》（*Mac Flecknoe*）是对德莱顿的对手沙德威尔的野蛮诽谤。乔伊斯的《尤利西斯》清算了相当数量的旧账，《格列佛游记》中更多。海明威在《丧钟为谁而鸣》中写进了对自己父亲的毁灭性描述。这些作品当中有些是诽谤作品创作时已经死去的人；而被诽谤者的后代不能（有几个并不重要的例外）因诽谤而起诉。但是其他作品诽谤的是活人。

---

〔11〕 DeSalvo，上注〔10〕，强调作家们常常用自己的小说作为同自己的敌人算账的手段。

确实，因为文学**在核心**上并不是要进行完全真实的陈述，[12]所以我们在把一部作品当作文学而不是作为历史或社会学著作来阅读时所作的一个调整就是忽视绝大多数实在性的问题。但是这一点并不能否定通过小说进行诽谤的可能性。同一部作品，有些人可能是作为文学来阅读的，而另外一些人可能是当作历史、传记、新闻或传言来阅读的。或者，作者尽管十分努力，但却可能无法创造出一部“纯粹的”文学作品，即一部能够被读作没有任何事实主张的作品。并且，一部最终会变成文学的作品可能在最初创作和提供给公众——并被他们接受——的时候，是作为历史或新闻，而不是、或者并不同时是作为文学。所以，通过小说进行诽谤这个问题是一个真正存在的问题，现在就让我们来考虑一下法律阻止这种情况发生的努力是否会严重地损害文学事业。

385

任何通过小说进行诽谤的案件，或者通过小说侵犯隐私权的案件，[13]都代表了两种利益的冲突。一个是一般公众成员不受诽谤的利益；另外一个是允许作者（这也是他们的读者的利益）把真人写进自己的书里和使自己的虚构人物更具现实感的利益。如果一位作者做了这两件事中的一件，那么作为一个角色的原型的、或者仅仅是偶然类似于一个角色的真实人物，就可能会在读者混淆了真人

〔12〕请看 Stein Haugom Olsen, *The End of Literary Theory* 156－175 (1987)，以及其中所引用的著作：K. K. Ruthven, *Critical Assumptions*, ch. 11 (1979); Kendall L. Walton, *Mimesis as Make－Believe: On the Foundations of the Representational Arts*, ch. 2 (1990).

〔13〕请回忆第8章在讨论《夏洛克行动》时所说的，一个作家或出版者可以因为用“虚假的手法”描述一个人，或者因为披露一个人生活中隐私或让人尴尬的、尽管并不一定是诽谤的细节而犯下侵犯隐私权的侵权行为；后面一种原因的例子是 Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc., 8 F.3d 1222 (7th Cir. 1993). 另外一种侵犯隐私权的法律允许一个人因为未经其同意而在广告中使用他的名字或类似的名字而起诉。一个案例认为，根据这种理论，把一个真实人物用他真实的姓名放到小说当中（就像《迈克尔·克拉斯》中的马丁·路德）的做法可能会成为侵权行为，特别是在该书的广告中提到了他名字的情况下。Marcinkus v. NAL Publishing Inc., 522 N.Y.S.2d 1009 (S. Ct. 1987).

和虚构人物的情况下受到名誉伤害。

法律针对这种冲突的通常进路是，直接以规则体系权衡相互竞争的利益，或者逐案权衡相互竞争的利益，并且在受损害一方的利益更为重要的情况下让他胜诉。通过小说诽谤的案件的难处在于，尽管对名誉的损害可以通过诉讼的办法衡量、或者至少可以估计，但文学的价值却是无法衡量或估计的。它是通过一个跨越很多年的竞争过程确定的。等到这个过程结束时（如果还能说它有结束之时的话），如果这部诽谤作品最终证明没有什么价值，再想补救对名誉的侵犯就为时过晚了。不但如此，问题不简单是作品的价值，而是这部作品在去掉或者更改那些具有侮辱性的地方、以使它不再诽谤的情况下的价值。我们可以寻求文学批评家的证言，但是在文学价值问题上使用专家证人可能要比在其他领域（比如反托拉斯法和医疗事故）使用专家证人更是拙劣的笑话。[14] 因为并不存在衡量 386 文学价值的公认标准，争议文学价值的双方都很容易找到同样可信、同样有资历的批评家为自己作证。即使一部所谓的文学作品显然没有什么价值，人们也总能找到一些声名在外的批评家来为它的价值作证，原因是这位批评家相信，对作家施加制裁就是一种审查制度或者是审查制度的预兆。

不诽谤任何人是不是仍然能够生产同样好的、或接近于同样好的作品，仅仅考虑这一点是不够的。还必须要考虑作家用避免诽谤诉讼的方式写书时所要承担的重荷，并且这种重荷可能会超过受诽

---

〔14〕请看对《北回归线》进行淫秽书刊审判中所使用的专家证言的分析，载于 Al Katz, "Free Discussion v. Final Decision: Moral and Artistic Controversy and the *Tropic of Cancer* Trials," 79 *Yale Law Journal* 209 (1969)；对艾伦·金斯伯格（Allen Ginsberg）的诗《怒号》(Howl) 进行的淫秽书刊审判中的专家证人的证词的书面记录，载于 J. W. Erlich, *The Lost Art of Cross – Examination* 151 – 169 (1970)；以及 Frank Kermode, "'Obscenity and the Public Interest,'" 3 *New American Review* 229 (1968)，这是对一位著名批评家在一个淫秽书刊案子中作专家证人的经历进行的辛辣描述。

谤者所受的损害。让一位作家不用真实生活的原型进行写作可能就像让一位画家不用模特来画人体一样困难。这是又一个专家证言不大可能解释清楚的问题。

最高法院以第一修正案的名义限制了作者和出版者诽谤公众人物的责任，因为它要求证明，作者或出版者知道作品归到该公众人物身上的攻击性特征是虚假的，或者不关心它的真假。[15]这种保护言论的进路不能用在以小说进行诽谤的案件上。遭到诽谤的人可能是已经死去的私人——作者的家人或者熟人——他们只需要证明疏忽大意的过错。[16]而且，这种虚假描述可能恰恰是达到作者目的必须的。亚里士多德教导我们说，虚构作品的作者关心的是可能性或可信性，而不是历史的精确性。像编年史家一样，虚构作品的作者关心特定的生命和具体的事件；但他关心的是具有代表性的生命和具有代表性的事件。[17]很多小说家说，真实的人物过于复杂，无法不经改变就写进小说当中，[18]这一观点得到了第10章中有关传记的讨论的支持。通过自由地处理其真实生活中的原型，一部文学作品可以突出在真实人物身上只能朦胧地看到的人性的方面。

这些考虑不但加强了前面的论点，即小说诽谤所需要承担的责任倾向于降低文学的质量和增大其成本；它们看起来也不利于一种可能性，即小说诽谤真的会伤及任何人的声誉。但是，作家添加到一个虚构角色身上的某人的具体特征可能会让认识（或听说过）这 387

---

〔15〕 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

〔16〕 Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974)

〔17〕 "一部由想像力生产的、并且不一定要基于事实的小说也可能或多或少是真实的，因为想像力可以超越事实，说出可能发生的事情、事情在过去本来可能会是怎样的以及它们有一天可能会再次发生。" L. H. LaRue, *Constitutional Law as Fiction: Narrative in the Rhetoric of Authority* 129 (1995).

〔18〕 请看，例如，*Writers on Writing* 203–204 (Walter Allen ed. 1948). 请对比 E. M. Forster, *Aspects of the Novel*, ch.3 (1927); Nadine Gordimer, *Writing and Being* 1–15 (1995).

个人的那些人辨认出这个人，以至于读者会假定这个虚构角色就是他。[19] 虚构人物同真人之间的差异会被认为是小说家为了艺术或为了避免诽谤诉讼而要作出的必要改变。尽管如此，一部虚构作品严重损害声誉的可能性要小于一部表面上看起来真实的作品。并且阻碍文学创造力的危险是很大的。一个世俗的、但重要的因素是，出版者很难对一部提交出版的手稿进行诽谤审查。出版者不大可能知道虚构角色所基于的人物是什么人（甚或也不知道那些角色是不是基于真人），所以无法确定它包含诽谤材料的可能性。但是，如果像在通常情况下一样，受诽谤者是私人人物，那么，在法院认定没有尽应尽之小心去检查手稿是否存在潜在诽谤时，出版者就会被判承担法律上的责任。

但是，废除小说侵权应负的责任会产生一种印象，即把小说放到了它无权占有的高高在上的位置，就像提建议作家应该免交所得税一样。[20]我们可以这样回击这种反对意见，即我们可以强调，小说诽谤造成的损害被证实有多么小、出版者防止这种诽谤有多么难——我们也可以再一次应用外部性的概念，在这里是外部收益。文学在愉悦和教育方面产生了很多收益，作者无法以版税或其他收入的形式纳入自己的腰包，因为版权在时间和范围方面都受到限制。像十四行诗、小说以及悲剧这些文学类型，还有像无韵诗、迟钝的叙事人、突然介入解围的人物（*deus ex machina*）以及意识流这

388

[19] 如果是这样的话，那么标准的否认声明——“本书人物如与在世的或过世的真人有雷同之处纯属偶然”——就不大可能使作者免于处罚，请看 Peter Mack, “Thou Art Not He nor She: Authors' Disclaimers and Attitudes to Fiction,” *Times Literary Supplement*, Dec.15, 1995, p.12. 这种否认声明常常是假的，以至于现在已经没有人相信它了，如果说以前还有人相信过它的话。

[20] 他们确实曾经同国家税务局就对他们花费的适当税务处理问题进行过争论。他们所寻求的可以认为是一种特殊待遇。请看，例如，Hadley v. Commissioner, 819 F.2d 359 (2d Cir. 1987); John Warren Kindt, “The New Assault on Freedom of Thought: Section 263A of the Internal Revenue Code,” 33 *St. Louis University Law Journal* 137 (1988).

些文学手法，根本就无法取得版权；绝大多数情节、[21] 角色、主题或形象也无法取得版权。而且，一部文学作品越是伟大，它就越是可能超出版权保护的期限。出于这两个原因，即有限的时限和有限的范围，即使莎士比亚时代就有同我们的版权法类似的版权法，他也只能为他自己和他的后裔取得他的文学产品给社会带来的收益中的一个极小部分；他如此自由地、有时是逐字逐句借用的那些剧作家和历史学家也是一样。长期以来，普通法通过授予人们侵权责任豁免权来鼓励人们创造外部收益。[22] 同扩展版权保护相比，这可能是鼓励文学生产的更优办法，就像我们将要看到的，前者可能会损害文学生产。

侵权豁免不应该推得过远。在主要是或者表面上是虚构的作品中，以真实姓名描写的人物如果受到了诽谤，就一定应该允许提起诽谤之诉。指名道姓的诽谤既对受害人更为有害，对出版者来说也更容易防止。但是真的就能在这里止步吗？一个不同的名字可能是非常微弱的伪装（而且要有多么不同？）。如果一个作者想要诽谤一个人，在没有指名道姓的情况下使用故意的谎言来中伤这个人的品格，并且安插了不会让人弄错的有关他真实身份的线索，而法律不给予救济就很奇怪了。

让在杂志中而不是在书籍中出版的诽谤小说承担责任，这种做法可能更好。同引起真正相信的作品相比，小说诽谤对名誉造成的损害可能更小，其原因是：一些读者看不透那些即使是很微弱的小说伪装，而另一些读者会认为真人和小说中的人物之间的类似是偶然的，还有一些读者根本就不理会描写中具有诽谤性质的那些方

389

[21] 请看 June Noble and William Noble, *Steal This Plot: A Writer's Guide to Story Structure and Plagiarism* (1985) ——对 13 个可以合法地从文学作品中借用的情节，为那些想成为小说作家的人所作的提炼。

[22] 有关例子请看 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 174, 258, 684 (4th. ed. 1992).

面，因为小说作者毕竟不是讲事实的专家。这些原因在书籍的情况里要比在杂志的情况里更有力度。因为几乎所有的杂志都既发表虚构作品又发表非虚构作品，所以影射真人的杂志小说可能会被许多读者认为是该杂志之非虚构作品部分的延续。[23] 但是，维多利亚时代的伟大小说最初都是在杂志里连载出版的，并且即使在今天，出众的小说也常常首先在杂志上发表，其中有些杂志并不是那么有品味或具有那么审慎的事实性。

小说诽谤的侵权法应该就此止步。任何全面的豁免权都是不恰当的。但它可能应该予以限制；具体讲，在表面上看起来是虚构的书中，对以虚构名字出现的人进行的无恶意诽谤可能应予以豁免。

版权和创造力

外部利益的概念说明了版权法的逻辑。如果我播撒下种子，但任何人都可以收获，那么我就承担了庄稼的成本，而其他人会得到收益。这种期望会创造刺激因素，使人们把投资从农业转向其他不要求那么多预备性投资的活动，比如狩猎。人们长时间以来认为，如果作者对他所写的东西没有财产权，那么类似的问题就会出现。那样的话，任何人都可以复制他们的作品；作者将无法取得版税；并且作品的数量会下降，因为作者会把他们的时间重新分配到其他事务上。

但是，尽管英国第一部版权法直到1710年才出现，并且要比

[23] 一个英国的案子提出了与此有所区别的问题。Jones v. E. Hulton & Co., 2 K.B. 444 (1909)，维持于，A.C. 20 (H.L. 1910)。一家报纸发表了有关"阿特姆斯·琼斯"(Artemus Jones) 的恶意的流言蜚语，出版者相信这个人是虚构的人物，存在着一个真正的阿特姆斯·琼斯，并且读者认为他就是那个专栏中的描写对象。他对出版者提起了诽谤诉讼，并且赢了案子。

现代版权法狭窄得多——例如，翻译外文就不认为是侵犯作者的版权——但是在1710年之前以及在那时到制定现代法律之间，还是出现了很多伟大文学作品。这是怎么回事呢？一个回答是，写作成本一直很低，主要是作者的时间成本，所以作者可以承担得起写作的成本，即使没有版权保护，他们只有很少希望或根本没有希望从自己的写作中取得版税或者其他收入。如果写作是全职工作的话，这就不能成立，但绝大多数作家写作只占用部分时间，即使他们因写作取得的收入很可观。并且，很多作家会从写作中获得非金钱的报酬：名声、威望、不朽的可能、心理治疗、内心的满足感。这些报酬降低了写作的净成本；并且其中有一些，特别是名声，即使在知识产权不受法律保护的情况下也可以兑现成金钱。一个出名的作家会受到邀请进行讲座或教学、被授予奖品、要求给予支持。相关的一点是，只有在作者试图从书籍购买者那里为自己的写作寻求支付的情况下，版权保护才是重要的。相反，他可能有一位资助人付钱让他写作，或者可能因为写作得到了公共补贴，或者——这变得越来越常见了——可能会被付钱来就写作或文学进行教学，这其中的默契是，他会用自己的自由时间进行写作，这样他的教学收入也暗含着一种写作收入。

390 这样一个事实特别重要，即发明印刷机之后的很多世纪以来，制作书籍一直都很昂贵。更为确切地说，印刷的可变成本（即那些与印制数量一同变化的成本，比如纸张和油墨的成本）的绝对数额和相对于固定成本的数额都很高。[24]结果是，复制者无法通过不向作者支付版税而从最初出版者那里得到太多便宜。一个副本相对于原作来说成本越高，复制者因没有承担创造原作的所有费用、包括那些补偿作者对书籍所做贡献的费用而得到的好处就越小。例如，如果这种成本就只占总成本的百分之一，那么相对于最初的出版者

[24] Henri-Jean Martin, *The History and Power of Writing* 237-239 (1994).

来讲，复制者因为没有负担这种成本只能取得百分之一的成本优势。

还有，成本常常同时间成反比；快速地做一件事情通常会成本更高。所以，如果复制非常昂贵的话，那么经济地制作副本可能要花很长时间；并且，尽管没有防止复制的法律保护，这种时间差会使作者和最初出版者有时间间隔来销售该书挣钱。就戏剧来讲，这是一个重要的因素。如果大多数戏剧只有短暂的连续演出时间（在莎士比亚的时代这是真的，就像在我们的时代一样，尽管戏剧在最初的连续演出结束后常常会重新演出）；那么，等到盗版者弄到剧本、制作出戏剧时，公众已经对它没有什么兴趣了。

不但如此，尽管听起来很矛盾，但是版权保护的缺失不但是作者的一个成本，也是他们的一个好处。这会降低写作的成本，因为它使作者能够不受约束地抄袭自己的前人。如果莎士比亚不能无偿地抄袭历史和文学著作、有时甚至像我们将要看到的那样一字不差地抄袭，那么他就需要更加努力地工作，因此他所写的戏剧可能就要少一些。相关的一点是，原创性越是不受重视，版权保护对作者和读者来说就越是没有价值，因为版权保护鼓励原创性。尽管中国印刷术的出现要早于西方好几个世纪，但是帝制中国仍然没有版权法，这在部分上被归咎于中国文化重视同过去的延续以及它对新奇事物的怀疑，而这两点都鼓励复制。[25] 中世纪和文艺复兴时代的欧洲更加容易接受新奇事物，但是审查制度的盛行证明，智识上的创造力不但受到重视而且也受到惧怕，而且通过大方地授予作者权利来鼓励文学产出的做法不会被认为是公共政策的审慎目标。

391

[25] William P. Alford, "Don't Stop Thinking about . . . Yesterday: Why There Was No Indigenous Counterpart to Intellectual Property Law in Imperial China," 7 *Journal of Chinese Law* 3, 29 – 32 (1993). 奥尔福德（Alford）也提到了有限的识字能力以及不存在能够进行大规模商业革新的公司式组织，认为它们是阻碍知识产权法出现的因素。同上，页20。这些因素会削减对复制的需求，并且会增加复制的成本，从而使版权法变得更为不必要。

而且，在出现正式版权法之前，还存在着有限的功能类似的等价物。[26] 在英国，特别昂贵的或者政治上敏感的图书、比如《圣经》或者法律书籍、这些图书的出版者有时会被国王授予印刷专利权，它是版权的等价物。而且，因为出版业公会（Stationers' Company）对它所登记的图书拥有垄断权，所以该工会（但是它是由印刷商和书商而不是由作者组成的）的成员可以制作一部书——或仅仅购买一本书——然后将其进行登记，从而对这部书取得版权保护的等价物。我们从弥尔顿1667年把没有版权的《失乐园》销售给一个出版商时使用的合同中知道，出版商会支付作者很大一笔钱来换得作者在合同里承诺，不把他作品的副本销售给任何其他人。[27] 这些正式版权法的先驱只能把我们带回到16世纪中叶。但是，在那之前，我所提到的其他因素都保证了书籍会在没有版权保护的情况下不断地产生。

即使在今天，版权保护也是有限的，在时间上——作者的寿命加50年或75年——以及在被复制作品受保护的方面上都有限。一般来讲，只有原样的语言形式受到完全保护。就像我此前提到的，后来的作者可以自由地抄袭文学种类、手法、风格、甚至——在很大程度上、尽管没有达到无限制的程度——剧情和人物。结果是，版权法对各种类型的文学作品并不一视同仁。因为如此，它可能会影响作家使用哪种文学形式写作的选择。抒情诗受到了最大化保护，因为在诗歌中语言形式几乎就是一切，而版权法保护得最安全 392

---

〔26〕 John Feather, "From Rights in Copies to Copyright: The Recognition of Authors' Rights in English Law and Practice in the Sixteenth and Seventeenth Centuries," 的 *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*, 上注〔1〕, 页191; Rose, 上注〔1〕, 页9－12、17; David Saunders, *Authorship and Copyright* 47－51 (1992). 16世纪法国类似的发展请看 Brown, 上注〔1〕, 16世纪德国请看 Seifert, 上注〔1〕, 第9章。

〔27〕 Peter Lindenbaum, "Milton's Contract," in *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*, 上注〔1〕, 页175。

的就是语言形式。最大化的保护，但并不是完全的保护。如果一首诗使用了一种新的节拍（比如长短格六韵步诗行［dactylic hexameter］）或者一种新的形式（比如十四行诗），那么诗人就无法防止别人抄袭这种节拍或形式。小说和戏剧中的情节和人物常常要比具体的单词更为重要，所以它们要比诗歌受到的保护更少。

因为这里的财产权并不完全，所以我们可能会认为文学生产开工不足、从而版权保护应该在范围和时限上都予以扩展——版权可能应该变成全面的和永久的。事情并没有这么简单。首先考虑一下，在面对结构上的类似、比如类似的情节时，我们要区分抄袭和独立的灵感是有多么的困难。除非文学作品描写的是人类状态中的永久特征，否则文学作品不会持久。如果世界上没有过荷马，那么早晚会有别的什么人写作一首关于复仇、神灵以及为美女而战的诗歌。但是，一旦《伊利亚特》出现了，就很难确定有关这些主题之作品的后来作者是在抄袭《伊利亚特》还是在抄袭生活。为了解决这种分析问题，我们可以把保护扩展到一部作品的所有原创特征上，而不管后来作品的作者、即被指控的侵权者是不是在抄袭（可能会是独立发现的情况）。这就是专利法采取的进路；对于获得专利权的发明所进行的独立发现仍然是侵权。这种进路没有用于版权法；版权保护被限制于作品的特定形式，它使独立发明变得不大可能、从而使在大多数案件中证明抄袭变得很容易。问题是，这种保护是不是应该像专利保护一样更为广泛，还是应该像过去的情况一样更为狭窄。

对于更为广泛的版权保护的一个反对意见是，这会让某种文学形式的创建者取得暴利，即大大超出刺激文学创造力所必要的报酬。如果荷马和他的后裔被授权得到他的发明、或者说他的包括史诗、复仇故事、倒叙、情节交叉以及长短格六韵步诗行在内的一大堆发明所产生的全部的、无穷无尽的收入，那么该怎么办呢？这是在假定是某一个人写成了荷马史诗，而忽视了荷马的前辈。但是，

让我们先把这个问题放在一旁，让我们几乎一定是错误地假定，荷马是绝对的原创者，而不是口头史诗漫长历史的集大成者。就他的发明给予他和他的后裔永久的版权仍然会过度地补偿了他，因为他的天才很可能仅仅是加速了这些发明的出现。埃斯库罗斯发明悲剧也是一样，如果说他就是悲剧的发明者（有的人会说是荷马——说《伊利亚特》是阿基琉斯和赫克托耳两人的悲剧）。威尔基·柯林斯（Willkie Collins）发明侦探小说也是一样（或者说《哈姆莱特》是第一部侦探小说？还是《俄狄浦斯王》?）。或者浮士德传说的发明者也是一样，在全面的版权制度下，不但马洛、歌德以及曼，而且还有福克纳、叶芝以及无数其他作家都会真的对这位发明人负有债务。

但是，"过度补偿"这个概念是含糊的，因为它暗示了一个基准点——但是这个基准点是什么呢？而且，当我们从抄袭总体的文学主题转向抄袭具体的文学手法（十四行诗、三行诗节押韵法[terz rima]、迟钝的叙事人、无韵诗、押韵两行诗、对性的现实主义描写等等）的时候，过度补偿就不那么可能出现。这些不是那么具有总体性的发明，不是类似于新技术工艺的发明者可以因之取得专利权的新奇事物，但是抄袭它们同抄袭文学类型一样都不是侵犯版权的行为。 393

反对更为广泛的版权保护的一个更好的论证来自于版权法在"思想"和"表达"之间作出的区分；只有后者受到保护。不给予乍看起来更为重要的原创形式以法律保护，这看起来可能很反常。但是，一旦理解了文学中"思想"的性质，我们就会看出其中的道理。大多数被归为文学的东西是为大量的受众写作的，这里不论作者的意图，因为，如果想要通过时间检验的话，即使最为深奥难懂的作品也必须随着时间的流逝积累相当数量的受众。为了能够做到这一点，一部作品就必须相对来讲不受文化变化的影响。所以，就像我一直强调的，它必须针对人类条件中反复发生的问题——针对

生活琐事、针对普通情况、普通人物、普通叙述。这也就是为什么对文学进行重述倾向于只产生平庸和陈腐。文学中的思想并不像科学或哲学中的思想那样；它更像画家的对象。而且，因为它是由相当有限的情况、叙述以及人物类型组成的，所以承认其中的财产权利会过度补偿最早的作家、并且会耗尽后来的作家可以不付费使用的文学原材料。

文学手法（我在前面给出过例子）处于思想和表达的中间。它们的数量可能多于也可能少于作为文学"思想"的那些普通情况的数量，但是它们相对于文学作品的数量而言肯定相当有限。只要想想成千上万用无韵体或押韵两行诗写成的英语诗歌。如果任何一种手法的发明者享有永久版权，那么他和他的后裔就会取得巨大的回报。

394

经济学家更加关心成本而不是暴利，后者不是成本而是转移支付，它影响经济的大饼怎样分割但不影响（至少不直接影响）饼的大小。如果在全面版权保护制度中实行版权许可体系的成本非常低，那么，几乎每一个新作家都必须从荷马的后裔那里取得许可，这个事实可能不会阻碍新的文学作品的创造。许可人如果收取吓住了新作家的许可费，他就会得不到收入，所以他们会有收取合理的、或至少是可以承受的许可费的激励机制。但是，实际上，即使忽略了确认最初发明者及其后裔的问题（这是对永久版权保护的一个决定性的实际反驳）以后，在这种制度下管理许可的费用还是会非常高。所有的财产权利管理成本都很高，版权尤其如此，因为侵权的和被侵权的作品并不像对有形财产的冲突使用那么容易察觉。同发现和证明除了逐字逐句之外的抄袭相比，你更容易看到入侵者站在你的土地上。还记得哈姆莱特的警句吗——虚构文学的作者是拿着镜子照自然？因为作者的镜子记录下的是相同的、没有版权的现象：爱情、战争、犯罪、复仇、疾病、死亡、荒唐之事等等，所以文学作品之间一定会存在类似之处，即使每一个作者都是真正的

"原创者"、不欠先人任何东西。(就像在《他自己的狂欢》中奥斯卡·克力兹承认的，他不能就南北战争或他的祖父取得版权。)如果两个摄影师就同一个景色拍照，那么所得到的照片一定会非常相象，并且，如果第一张照片取得了版权，那就很难把第二张同一幅侵权的作品、即一幅复制自第一张照片而不是复制自那个景色的照片区别开来。如果奥维德、乔叟或者莎士比亚可以取得悲剧情人故事的版权，那么，后来的关于其他情人的故事是侵犯了版权，还是它们同版权作品之间的类似之处仅仅是因为它们有着同样的主题，有关这个问题就会出现不断的争议，解决起来成本很高。

经济学家使用"寻租"这个词来指一种激励因素，它会刺激那些能够产生超过生产成本的回报(这种回报就是经济学家所称的"地租")的产品被过量生产；在人们互相竞争获取地租的过程中，地租会被转变为成本，而经济学家也用"寻租"这个词来指这个转变过程所导致的浪费。暴利对于成本的这种间接效果提供了限制版权保护的进一步经济学论证。假定创造一个新的文学类型、节拍、风格、情节或人物类型的成本非常低，但第一个创造它的人(即使他超出自己的对手仅仅一天时间)会因为版权法而取得受法律保护的、可以从中取得收益的垄断权。这样就会出现惊人的争夺第一位的竞赛，因为这种垄断权如此有利可图。竞赛中消耗的成本可能大大超过加速生产的社会效益，在我的例子里这种效益局限于提前一天得到那个创新。文学创造力并不像技术创造力(专利和商业秘密法的领域)一样要求对培训、设备以及测试进行大量投入。最主要的投入是作者的时间，他可以用自己的时间从某些其他的、经济上更加稳定的职业中或从更为传统的文学作品形式中取得更可靠的收入。如果像我认为的那样，文学创造的成本很低，那么在一种全面版权保护体系之下，产生大量暴利以及作为其结果的大量寻租成本的可能性就会很高。

395

让我演示一下。假定在时间 t 之前发明一个新文学类型的成本

是1万美元，并且假定在那个时间发明出这个新文学类型的社会价值是100万美元，并且，如果给予发明者版权的话，所有这些社会价值都会变成发明者的版税。进一步假定，在t减一天发明这个新文学类型的社会价值是999 999美元。取得这种有利可图的垄断权(对垄断者的价值是999 999美元 - 10 000美元 = 989 000美元)的竞争就会导致潜在的投资者大量花钱，以抢在自己对手之前发明这种文学类型。如果大量花费只是能够使发明提前出现一天，那么这些花费在很大程度上都被浪费了。

针对扩大（实际上是针对任何）版权保护还有另外一个经济学反对意见：它会削减有版权的作品被售出的副本数量，这样就会使潜在读者转向替代品，而生产这些替代品可能会消耗更多的社会成本。除非其他产品（不管是不是书）是完美的替代物，否则一部版权图书的出版商就可以收取超出生产费用的价格，而不必担心会被盗版者釜底抽薪。不论出版商因能够收取超出成本的价格而得到的超额利润中有多少会流到作者手里，前面的话都是正确的。售出副本的数量取决于价格，而不取决于作者和出版商之间如何分配。为了简单起见，我假定所有价格都以版税的形式落到作者手里。

没有任何出售者想赶走能够弥补出售者成本的那些顾客。所以，如果在除了一美分之外的所有版税都被免除的（也就是说，版税被降低到一美分）条件下，一本有版权的书能够被以低于最佳替代品的成本制作和出售，那么把价格降低这个数额就会使作者得到他否则会失去的一个美分。通过降价，他多卖了一个副本，尽管只得到了一美分的可怜版税，但是如果不降价他就卖不出那个副本、从而也就得不到那点版税。但是，取得有关不同消费者的需求清单所需的成本，以及防止被收取较低价格的人把书转售给那些被收取较高价格的人（这会导致区别定价的方案失败）所需的成本，会使连续不断地针对所有副本、针对所有购买者改变价格的做法行不通。用术语讲，完全的价格歧视是做不到的，而不完全的价格歧视

396

会导致更少地产出有版权的作品，这是同所有书都以等于其成本的价格出售的情况相比而言的。在这个例子中，对一些边际顾客出售时把版税降低至5美分，这种做法仍然会排除那些不愿意比零版税价格多支付4美分以上的潜在顾客。

但是，最后的这一点忽视了一种情况对书籍行业产出的影响，即没有版权保护，就只有更少的书被写成，尽管每一种书都有更多的副本被卖出。但是写成的书会更少吗？可能写成的书更多了。就像我暗示过的，扩大版权保护可能会降低文学的产出——是指作品的数量，而不仅仅是指副本的数量——因为这会提高作者版税方面的花费。[28] 在先作者的作品是对当今作品的输入，并且，那些在先作品越是更多受到版权保护，这些输入就是会变得越是昂贵。如果每一位史诗作者都必须向荷马的后裔支付版税，那么维吉尔、但丁、阿里奥斯托（Ariosto）*、弥尔顿、蒲柏、歌德以及其他人如果要写自己的史诗就都必须承担额外费用。[29]这种费用可能会使他们转向一种别的文学形式，或者会导致他们更少写作，这导致了一种社会损失。在原则上，荷马的继承人会希望同每一个未来的史诗作家谈判一个不会高得吓住这位作家的价格，因为如果他被吓住了，版税就没有了。但是这（又一个完全价格歧视的例子）是办不到的。但丁例证了我在前面讨论到的那个问题，即，在版权被设想得很广泛的情况下，财产权利的范围是不确定的。他从来没有阅读过

---

〔28〕 请看 William M. Landes and Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law," 18 *Journal of Legal Studies* 325 (1989)，其中有对这一点更为严密的讨论。

* 阿里奥斯托，卢多维科，意大利作家，代表作是史诗喜剧诗《奥兰多·富里索》(1532年)。——译者

〔29〕 关于荷马对后来的史诗作家的影响，请看 Martin Mueller, *The Iliad*, ch.7 (1984)。文学影响力这个题目极其庞大。请看，例如，Göran Hermerén, *Influence in Art and Literature* (1975)；Ruthven，上注〔12〕，第8章；*Influx: Essays in Literary Influence* (Ronald Primeau ed. 1977)。对于一位伟大作家的影响力所做的仔细讨论，请看 Raymond Dexter Havens, *The Influence of Milton on English Poetry* (1922)。

荷马，但他阅读和模仿了维吉尔的作品，而《埃涅阿斯纪》（*Aeneid*）是模仿荷马史诗创作的。

这样，作者本身作为一个团体可能更喜欢较少的版权保护，397 以降低他们写作自己的作品时需要的成本，尽管这也意味着他们要放弃销售这些作品得到的一些收入，因为它们会更少受到防止抄袭的版权保护。这种交换被认为有多么有利，这取决于一部具体史诗的作者从自己先人作品中吸取东西的多寡。在莎士比亚的时代，吸取的非常多。他典型的戏剧写作方式是从一部现存的历史、传记或戏剧作品中借用情节和大多数人物——有时甚至是实际的语言——然后给情节添油加醋、加入一些不重要的角色，改变主要的角色并且写作大多数对话、或者更为常见的情况是写作全部对话。例如，莎士比亚写作了安东尼伟大的葬礼演说；其中没有任何一部分能够在他的原始资料、即诺思*翻译的普鲁塔克著作里找到。但是我们会看到，在《安东尼与克利奥帕特拉》对克利奥帕特拉的描写中，莎士比亚仅仅是编辑了诺思－普鲁塔克的描述，尽管他做得如此出色，极大地改进了他们的描述。

伊丽莎白时代的人借用的程度是如此之大，以至于他们的一些戏剧会被现代版权律师归类为"衍生"作品，这种作品侵犯了原来的作品，除非有原作品作者的授权。约翰·格罗斯（John Gross）有一部陈词滥调的戏剧《贝尔蒙特的女士》（*Lady of Belmont*），描写了圣·约翰·欧文，是关于《威尼斯商人》中的人物10年以后的情况。巴萨尼奥挥霍光了鲍西娅的钱，并且要同杰西卡偷情，而洛伦佐已经对杰西卡没了兴趣。夏洛克在被迫改信基督教之后再一次变得富有，顺路走访了鲍西娅和其他人，并同他们谈起了往事。如果版权是永久性的话，这个看起来没有任何戏仿痕迹的续集应该是

---

* 诺思爵士，托马斯，英国翻译家，他翻译的普鲁特克著作的版本被莎士比亚用作许多戏剧的来源。——译者

一部衍生作品，所以，除非有莎士比亚后裔的授权，它就侵犯了《威尼斯商人》的版权。[30] 莎士比亚对别的作家就曾做过欧文对他做的事情。亚历山大·林狄（Alexander Lindey）给出了莎士比亚在《暴风雨》中抄袭他人的很好例子；他注意到（但有相当的夸张），“莎翁的罗马戏剧当中一些最引人注目的段落只是托马斯·诺思爵士的散文被排成了无韵诗”；他还报告说，《亨利六世》前三个部分的6 033行当中，有1 771行是原封不动地（很可能是从霍林斯赫（Holinshed）*那里）抄袭的，而有2 373行是相同的来源变换措辞而来的。[31]

《一报还一报》例证了莎士比亚在现代版权法之下会遇到的麻烦。其主要来源是乔治·惠斯登（George Whetstone）于1578年写的戏剧《普洛默斯与卡珊德拉》（*Promos and Cassandra*），它在时间上近得足以受到版权保护。（显然惠斯登的戏剧没有向出版业公会登记。）我可以忽略惠斯登本人也大量借用了先人这个事实所造成的复杂情况。即使先人的作品是在公共领域当中，惠斯登也应有权为

398

〔30〕 Gross, *Shylock: A Legend and Its Legacy* 228－229（1992）．一个更为困难的情况是简·斯迈利（Jane Smiley）的小说《一千英亩》（*A Thousand Acres*）（1991）。它非常松散地基于《李尔王》——如此松散以至于它只是仿效而不是侵权（如果《李尔王》有版权的话）。引经据典很可能是在合理使用之辩护的范围之内，我在本章最后一节将进行更多讨论，尽管我并不知道存在处理这个问题的任何案例。

* 霍林斯赫，拉斐尔，英国历史学家，他的著作《英格兰、苏格兰及爱尔兰的编年史》（1577年）常被莎士比亚和伊丽莎白时期的戏剧家引用。——译者

〔31〕 Lindey, *Plagiarism and Originality* 74－75（1952）．林狄的书含有关于不同时期之抄袭的很多其他例子。也请看 Francoise Meltzer, *Hot Property: The Stakes and Claims of Literary Originality*, ch.2（1994）; Thomas MacFarland, *Originality and Imagination* 23－26（1985）; Horace G. Ball, *The Law of Copyright and Literary Property* 1－6（1944）; Augustine Birrell, *Seven Lectures on the Law and History of Copyright in Books*, ch.6（1989）; Paull，上注〔7〕，第9章。关于陀斯妥也夫斯基在《卡拉马佐夫兄弟》中的大量借用，请看 Victor Terras, *A Karamazov Companion: Commentary on the Genesis, Language, and Style of Dostoevsky's Novel* 11－24, 27－31（1981）

他所做的修饰润色而取得版权。

惠斯登的戏剧发生在一个匈牙利城市，其反对非法性行为的法律已经有很长时间没被执行了。普洛默斯是国王的副手，他因为非法性行为将判处安德鲁吉奥（Andrugio）死刑。安德鲁吉奥的妹妹卡珊德拉请求普洛默斯饶过哥哥的性命。普洛默斯最初拒绝，但后来发了仁慈之心，条件是她要同他进行性行为。她同意了，并且他们进行了性行为，但他违反了自己的约定，命令狱卒把安德鲁吉奥的脑袋切下来送给自己。狱卒用另外一个刚被处死的重刑犯的人头代替。（用另外一个人代替被判处死刑的人，这种文学手法至少可以追溯到奥维德再现的詹森和美狄亚传奇。奥维德的后裔会成为永久和全面版权体系中空前的受益者。）卡珊德拉向国王控诉，国王命令普洛默斯同卡珊德拉结婚然后将之斩首。婚礼刚刚结束，卡珊德拉发现自己是爱普洛默斯的，或者说自己对他至少负有一个妻子的责任；不管怎样，她感人地请求国王饶过他的性命。国王拒绝了，直到安德鲁吉奥（此前人们认为他已经死了）走了出来；然后国王饶恕了安德鲁吉奥和普洛默斯。

莎士比亚把情节变得更为精巧，并且全部重写了对话，但是保留了司法为腐败官员滥用的主题。他很可能使用了惠斯登的情节中足够多的不明显细节，从而在现代法律下够得上侵犯版权；因为惠斯登戏剧的情节是虚构的，所以莎士比亚不能争论说自己是抄袭历史而不是抄袭惠斯登。我说莎士比亚“很可能”够得上侵犯版权，这是因为在判断因变换措辞、亦即非逐字逐句的抄袭而导致的侵权时所使用的标准很模糊，可能因为问题的性质这些标准必须要模糊

才行。[32] 尽管如此，这种可能性还是很大。一部颇有影响的专著适用很多法院使用的"相当类似"这个标准得出结论说，《西区故事》会侵犯《罗密欧与朱丽叶》的版权，如果后者有版权的话。[33] 如果这是正确的，那么《一报还一报》就会侵犯《普洛默斯与卡珊德拉》的版权，《拉格泰姆》就会侵犯《迈克尔·克拉斯》的版权，而《罗密欧与朱丽叶》就会侵犯阿瑟·布鲁克（Arthur Brooke）的《罗密欧和朱丽叶的悲剧史》（*The Tragicall Historye of Romeo and Juliet*），该剧发表于1562年，而它同样会侵犯几部更早的《罗密欧与朱丽叶》，[34]而所有这些都可能侵犯奥维德有关皮拉摩斯（Pyramus）* 和提斯柏（Thisbe）的故事——莎士比亚把它作为剧中剧在《仲夏夜之梦》中演出。如果《旧约》是有版权的，那么《失乐园》就会侵犯《旧约》，更不用说《约瑟夫和他的兄弟们》（*Joseph and His Brothers*）了。

399

文艺复兴时期存在着抄袭的概念，[35]但同现代概念相比它要有

---

〔32〕"如果《第十二夜》有版权，那么很可能会有一个后来人是如此接近地模仿托比·贝尔齐爵士（Sir Toby Belch）或马尔沃里奥（Malvolio）以至于构成侵权，但是，如果他把自己的一个人物写成一个放纵的、整天欢宴让全家不安的爵士，或者写成一个爱上了自己女主人的自负、纨绔的管家，这些还不足以构成侵权。" Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930) (L. Hand, J.).

〔33〕 *Nimmer on Copyright*, ch.3, §13.03 [A], pp.13 – 26 to 13 – 27 (1986).

〔34〕 请看 *Narrative and Dramatic Sources of Shakespeare*, vol.1, pp.269 – 283 (Geoffrey Bullough ed. 1957)

* 皮拉摩斯是巴比伦王国的一个年轻人，他因为错误地认为他的爱人提斯柏已经死了而自杀。——译者

〔35〕 请看 Thomas M. Greene, *The Light in Troy*: *Imitation and Discovery in Renaissance Poetry* (1982)

限得多。[36] 文艺复兴时代占主导地位的文学创造力理论同古典时代和中世纪时代的理论一样，认为创造力就是创造性模仿，或者渐进的改进：模仿者可以自由地广泛借用前代作者，只要他对自己借用的东西有所添加。[37]这种在我们看来是盗用的借用，在传统取向的社会里是一种表达尊敬杰出先人的尊敬的方式。这种社会更可能向后寻找一个黄金时代、而不是向前寻找一个因为进步而变得光明的未来，所以更可能想同过去保持连续性、而不是想为了未来而同过去决裂。[38] 而且这是重新发现古典时代的时期；所以很自然，诗人和剧作家会使用古典形式作为自己的典范。不但如此，这时，虚构文学的作家尚没有被赞美为天才，所以没有人期望他们会有高度的原创性。"早现代的戏剧只有在非常少的情况下才会被认为是今天意义上的'文学'。它们更多是被当作原材料，刺激着早期现代伦敦有利可图的娱乐业，就像电影剧本是今天电影工业的原材料一样。"[39]现代人把文学创造力同原创性等同起来，这在很大程度上是浪漫主义时代的遗产，那个时代把艺术天才作为模范个人（孤

400

〔36〕 关于这一点请看，例如，Thomas Mallon, *Stolen Words: Forays into the Origins and Ravages of Plagiarism* (1989)，以及 Meltzer，上注〔30〕。应该注意是，抄袭同侵权并不是同义词；你可以对处于公共领域中的作品进行抄袭而不违反保护知识产权的法律，但是如果你把这些材料作为你自己的东西交出去话，你仍然会陷入麻烦当中。Meltzer 正确地强调了，"抄袭"的含义和适用范围依赖于一个社会的创造力概念。

〔37〕 就像 White，上注〔3〕中所强调的一样。也请看 Richard McKeon, "Literary Criticism and the Concept of Imitation in Antiquity," in *Critics and Criticism: Ancient and Modern* (R. S. Crane ed., 1952)；Ruthven，上注〔12〕，第7章和页 123 – 124；Stephen Orgel, "The Renaissance Artist as Plagiarist," 48 *English Literary History* 476 (1981)。

〔38〕 借用方式变化的一个线索是，用引号表示引用（而不是表示强调）直到 18 世纪晚期才变成一条具有拘束力的规范。Margreta de Grazia, "Sanctioning Voice: Quotations Marks, the Abolition of Torture, and the Fifth Amendment," in *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*，上注〔1〕，页 290 – 291。

〔39〕 Jonathan Hope, *The Authorship of Shakespeare's Plays: A Socio – Linguistic Study* 3 (1994)。

独、风格独立、富于反抗精神）来顶礼膜拜。[40] “天才的原创性代替了同缪斯女神之间的从属关系。灵感将从内部涌出，而不是从外部强加进来的。主见将会代替被动接受。”[41]

必须在两个方面限定对创造力概念变化过程的这一概述。第一个方面是，版权保护的缺失不但是文艺复兴时代的文学创造力概念的结果，它也影响着那个时代的文学创造力的概念。在不禁止抄袭时，作家们就会有动力大量盗用自己的先人；没有任何东西能够阻止他们，而这样做可能比努力追求原创性要容易得多。如果 16 世纪的英国存在着强有力的版权法，那么莎士比亚就会把他的一些精力转向发明新的情节

第二，因为 1710 年的版权法案要早于浪漫主义时代，所以认为它仅仅是浪漫主义的产物就错了。而且，不论怎样，这部法案主

---

〔40〕请看，例如，Ruthven，上注〔12〕，第 7 章；Hermerén，上注〔29〕，页 129－144；James D. A. Boyle，"The Search for an Author: Shakespeare and the Framers," 37 *American University Law Review* 625（1988）. 现代艺术创造力的概念出现的传统标志是爱德华·杨（Edward Young）的著作 *Conjectures on Original Composition*（1759），但是英国的文学天才概念至少可以追溯到德莱顿，即上推一个世纪。也请看 Patricia Phillips，*The Adventurous Muse: Theories of Originality in English Poetics* 1650－1760（1984）.

〔41〕Leo Braudy，*The Frenzy of Renown: Fame and Its History* 419（1986）. “斯汤达对他的主人公进行的致命批评……是，他不是在过自己的生活，而是在过另外一个人的生活的经过改动的翻版……裘利安不是发明了自己，他是遵从借用来的模式。” F. W. J. Hemmings，"The Dreamer," in *Stendhal*，*Red and Black: A Norton Critical Edition* 521，525（Robert M. Adams ed. 1969）.

要是为了保护出版商而不是保护作者。[42] 同版权保护所带来的大部分利润以版税形式归于作者的情况相比，在出版商付给作者适度工资的情况中、或在不出现作者情况中（比如对处于公共领域中的作品进行汇编或翻译），出版者在版权中甚至有更大的利益。而且，浪漫主义运动并不是同过去的突然断裂，而是个人主义从中世纪到今天或多或少未被打断的上升过程中的一个转折点，这种上升过程的标志性例子包括，匿名出版的书面作品之比例持续下降。[43]

401

尽管对“作者”的承认是通向现代个人主义的道路上的一个路标，但引起这种承认的原因可能不但是意识形态的，也是物质的。一位中世纪的书籍作家会被看作是从事书籍生产的一组具有同等技能的工匠之一（其他工匠包括装订工、复制工或印刷工、插图工、销售者、可能还有书报审查员）。[44]不管怎样，大多数新出版的书籍都是对旧作品的修改或翻译。随着新写成的书的比例不断增长，随着审查制度衰落使写作成为不那么危险的活动（而且这表示着它不是那么受到惧怕），也随着节省劳动的机器“非技术化”了书籍出版过程的非写作的参加者，作家开始在这个小组中突出出来了：

---

[42] Peter Jaszi, "Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of 'Authorship,'" 1991 *Duke Law Journal* 455, 468 – 471. 所以强烈的作者身份意识并不是版权法的必要条件；它也不是充分条件。古典世界有着强烈的个人作者身份的意识，但是，就我所能找到的，古典世界中不存在防止抄袭其他人作品的法律。请看，Raymond J. Starr, "The Circulation of Literary Texts in the Roman World," 37 *Classical Quarterly* 213 (1987); Károly Visky, "Geistiges Eigentum der Verfasser im antiken Rom," 106 *Archiv für Urheber – Film – Funk – und Theaterrecht* 17 (1987); B. A. van Groningen, "Ekdosis," 16 *Mnemosyne* 1 (1963). 很可能是因为在发明印刷术之前复制是如此昂贵、而且把书籍分销给消费大众的系统是如此不发达，所以不需要版权来抵制抄袭。

[43] 在视觉艺术中的类似发展是，画家不签字的绘画作品的比例持续下降。请看 Remi Clignet, *The Structure of Artistic Revolutions* 135 (1985).

[44] Martha Woodmansee, "On the Author Effect: Recovering Collectivity," in *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*, 上注 [1], 页 15 – 16.

他变成了“作者”。[45] 这一运动极大地受助于了稳步下降的副本价格，而副本价格的下降是随着印刷术的出现以及随着后来印刷技术的改进而出现的。价格的下降导致了作者收入来源从他个人认识的资助人转移到了分散的陌生人受众群体；作为廉价副本的购买者，对于受众群体来讲，作者的名字就像商标一样代表了书的特征和质量。

老式创造力概念的例证是莎士比亚在《安东尼与克利奥帕特拉》的那个画舫场景中对诺思翻译的普鲁塔克所做的处理。这里是诺思：　402

> 她鄙视以别的方式出行，除了把她的画舫开入西德努斯河（Cydnus）；舵楼是用黄金做的，帆是紫色的，而桨是白银的，它们不断地滑动，伴随着笛子、号子、齐特拉琴、古提琴和船上演奏的其他乐器的声音。说到她本人：她躺在用金布做成的帐子下面，衣着打扮就像图画里面一般所见的维纳斯女神；而在她的两边，站着漂亮的男孩，打扮得就像画家们画的比匹特神一样，手里拿着小扇子，他们就用小扇子给她扇风。[46]

下面是莎士比亚中对应的段落（第二幕第二场，行 201－215）：

> 她坐的那艘画舫就像一尊在水上燃烧的
> 发光的宝座，舵楼是用黄金打成的；
> 帆是紫色的，熏染着异香，
> 逗引得风儿也为它们害起相思来了。桨是白银的，

———————

〔45〕 请比较 Clignet，上注〔43〕，页 105。

〔46〕 Plutarch, "The Life of Marcus Antonius" (Sir Thomas North trans, 1579), in *Narrative and Dramatic Sources of Shakespeare*, vol.5, pp.254, 274 (Geoffrey Bullough ed.1964)。

随着笛声的节奏在水面上下，使
那被它们击动的痴心的水波
加快了速度追随不舍。讲到她自己，
那简直没有字眼可以形容：她斜卧在
用金色的锦绸制成的天帐之下，
比图画上巧夺天工的维纳斯女神还要
娇艳万倍。在她的两旁
站着好几个脸上浮着可爱的酒窝的小童，就像一群微笑的丘匹德一样．
手里执着五彩的羽扇，那羽扇的风，
本来是为了让她柔嫩的面颊凉快一些的，
反而使她的脸色变得格外绯红了。*

另外，下面是T·S·艾略特的版本，载于《荒原》第二部分：

她坐的椅子，像擦亮的王座，
在大理石台基上闪闪发光，镜子的
支座上雕着结满葡萄的藤，
后面有个金色的小爱神探头探脑，
（另一个用翅膀遮住眼睛）
镜子使七枝烛架倍添光焰，
把光线反射在桌面上，
而她的缎衬首饰匣里涌出的

---

* 中译文引自，朱生豪译、方重校，《安东尼与克莉奥佩特拉》，载于《莎士比亚全集》（十），人民文学出版社，1978年，页35。——译者

珠光宝气迎着烛光升起。*

在莎士比亚的“抄袭”中，美化效果惊人地生动，[47]而艾略特的模仿作品达到了一种反讽的简约。在版权法制度下，莎士比亚必须从诺思那里取得许可才能创作他的一个最美的段落。[48]我们不能排除这种可能性，即，如果莎士比亚为取得这些许可所需的花费太高而更为“原创”，那么他的戏剧甚至可能会更好。反过来，因为阻碍了莎士比亚及其同时代人[49]表现出的那种创造力，我们扩张的版权法可能损害了文学创造力。就像在前面讨论用活人作为虚构角色的模型时我们应该理解的一样，文学想像力并不是一座纯粹灵感的火山，而是要把作者的生活经历编织进现存的文学传统当

403

---

* 中译文引自，赵毅衡译，“荒原”，载于《T·S·艾略特诗选》，四川文艺出版社，1992年。—— 译者

〔47〕同样地，布洛甫（Bullough）就莎士比亚对布鲁克的《罗密欧与朱丽叶》的使用评论说，“布鲁克的诗是一部铅制的作品，莎士比亚把它变成了金子……让人惊奇的是，莎士比亚在赋予已经死亡的材料生命力的同时保留了这么多东西。”Bullough，上注〔34〕，页277－278。

〔48〕如果普鲁塔克是在公共领域内，那么莎士比亚（或者任何其他人）就可以翻译和编辑普鲁塔克的作品而不会侵犯诺思的（假设的）版权。但是一部公共领域著作的翻译者可以为其翻译取得版权；而莎士比亚显然抄袭的是诺思的翻译而不是在抄袭原著，所以侵犯了诺思的（假设的）版权。如果普鲁塔克的作品是有版权的，莎士比亚也会侵犯普鲁塔克的版权。但是，艾略特的模仿作品在合理使用的原则下可能可以逃过惩罚，因为他只用了莎士比亚的两个诗行（加上提到了丘比特），并且对其做了很大的修改。

〔49〕当然不仅仅是他们。作为无数例子中的一个，有关创作荷马史诗的最好的理论是，我们称之为荷马的那个天才（或者那些天才们）重新组织了当时现存的史诗作品，并且向其添加了很多点睛之笔。请看，例如，Seth L. Schein, *The Mortal Hero: An Introduction to Homer's Iliad*, ch.1（1984），以及其中提到的书。或者，就像卢迪亚·吉卜林（Rudyard Kipling）所说的：“当荷马拍打他闪光的里拉琴时，/ 他曾经听到过人们在陆地和海上的歌唱；/ 以及他认为他所需要的东西，/ 他拿来就用——我亦如此！”

中。[50]版权保护越是广泛，文学想像力就越是受限制。这并不是废除版权的好理由，但它可能缩小版权、而且更清楚地是不要扩大版权的一个理由。

在艾略特诗中非凡的引经据典当中，我们可以找到他反对浪漫主义运动的一个具体原因。艾略特用作为带有浓缩特征之模仿的创造力这个较老的观点来反对作为原创力的创造力这个浪漫主义的观点，并且在自己的诗里身体力行。并不是只有他一个人如此；现代主义文学的一个常见手法同过去的文学作品遥相呼应。乔伊斯的《尤利西斯》只是最为著名的例子。我提到过卡夫卡从克莱斯特和狄更斯那里的借用。叶芝的诗《第二次来临》的第一个诗节，我在第7章中引用过，含有从雪莱两首诗中的借用。[51]生活在版权时代的现代作家必然受到限制，要从公共领域中借用。版权保护越是充分，公共领域就越小。艾略特本可以进一步说，浪漫主义把创造力等同于原创性，这是对浪漫主义诗人的实际做法所进行的相当程度的夸张。我们现在知道，表面上最为"原创"的浪漫主义者柯勒律治（Coleridge）就大量借用了其他作家的作品，甚至达到了抄袭的地步。[52]

但是，尽管借用在文学中随处可见，纳斯罗蒲·弗莱（Northrop Frye）的警句"诗只能用其他的诗制造；小说只能用其他小说写成"[53]生动地表达了这一点，但我们大多数人是如此地固守浪漫主义的创造力观念，以至于我们很难不在马克·罗斯（Mark Rose）的坦诚中感觉到一种轻蔑——甚至有一些杀死莎翁的意味

404

---

[50] 关于这一点的出色讨论，请看 Robert Alter, *The Pleasures of Reading in an Ideological Age*, ch.4 (1996).

[51] Harold Bloom, *Shelley's Mythmaking* 94 (1959).

[52] 请看，Norman Fruman, *Coleridge, The Damaged Archangel* (1971).

[53] Frye, *Anatomy of Criticism* 97 (1957)，转引自 Malcolm Budd, *Values of Art: Pictures, Poetry and Music* 2 (1995).

——“我认为，以准中世纪的方式把作为剧作家的莎士比亚、尽管不是把作为十四行诗和诗歌作者的莎士比亚看作故事重述者，并不是完全不恰当。”[54] 这种说法可能不是完全不恰当的，但是误导性的，就好像莎士比亚的主要活动就是把普鲁塔克、奥维德、霍林斯赫以及他的其他来源翻译成现代习语。他的重述所添加的价值大大超出了他欠自己先人的东西。如果说莎士比亚不是有史以来最为原创的作家，他就肯定是最具创造力的作家。

在我前面引用过的段落里，罗斯可能过多地受到了纳斯罗浦·弗莱的影响，后者的伟大著作《对批评的剖析》(*Anatomy of Criticism*)把全部文学组织成为少数几个符号、文学类型、模式和神话。在他的那种一般性层面上，文学中并没有什么新东西；每个人都是别人故事的重述者；所以版权就变得很有疑问。弗莱对版权颇有微辞。他注意到了下面那种文学对于构成版权法基础的一些假定的挑战：“这种文学包括了：乔叟，他的很多诗歌都是从别人那里翻译或转述过来的；莎士比亚，他的戏剧有时几乎一字不差地追随其来源；还有弥尔顿，他所寻求的仅仅是尽量多地盗用《圣经》。”[55] 但是，就像我指出过的，版权法对思想和表达区别对待，而弗莱的大多数例子都是有关前者。弗莱写意式的进路和他对定性评价的拒绝隐藏了重要的一点，即，乔叟、莎士比亚以及弥尔顿对继承来的或借用来的主题和材料所做过的事情，尽管今天会被认为是抄袭，或者会在原著有着有效版权的情况下构成侵犯版权，但是，同在版权意义上完全原创之文学作品通常达到的高度相比，他们所做的事情体现了一种更高层次的创造力。

---

[54] Rose，上注〔1〕，页26。

[55] Frye，上注〔53〕，页96。也请看同书，页95－104。

戏 仿

405 戏仿（parody）和滑稽模仿（burlesque）是古已有之的文学类型；《蛙鼠大战》(*The Battle of Frogs and Mice*)是古希腊时对《伊利亚特》的戏仿。这些文学类型所达到的效果依赖于模仿原著的特有特征，如果没有这些特征戏仿和滑稽模仿的含义就会丧失。下面是使用假名的“米拉·巴托”所作的《斯威尼亚特》(*The Sweeniad*)的第二部分，它是对《荒原》的第一个诗节的戏仿(脚注已省略)：

星期日是最无聊的日子，把笑声
当作亵渎的声音，搅浑了
崇拜和绝望，用死去的形式
扼杀新的思想。
平日给我们希望，用愉快的玩耍
调剂工作，在今世里
许诺给我们来生。
干渴占据了我们，它来自一个霓虹灯招牌上的
百威啤酒：我们数了数口袋里的美元钞票。
黑夜里继续朝前走，进了马隆尼酒吧，
我们喝威士忌，打了一小时盹。
Das Herz ist gestorben，* 衣着时髦的女士，真正的布朗克斯** 人。
我们被保释的时候，在叔叔

* 德语，意思是“心已经死了”。—— 译者

** 布朗克斯是美国纽约市的行政区，位于曼哈顿北部大陆，纽约东南部。——译者

达赖喇嘛家里小住，他带我骑牦牛，
我无言以对。他说，玛密，
玛密，抓紧它的耳朵，于是我们往前走。
在扬克斯*之外，我感到安全。
我常常整年喝酒，然后我来一瓶维希。**

这是与莎士比亚对克利奥帕特拉的描写一样类似的抄袭。而且，因为原作品是有版权的，那么为什么戏仿者不是侵权者？通常的答案是，戏仿者对原著的使用是版权法意义上的“合理使用”。[56] 但是很多戏仿都被判定为侵犯版权，而且最高法院已经拒绝提供权威的指导；相反，它规定，戏仿是否合理使用，要视具体案件的情况而定。[57]

戏仿的最佳理解要用它的一个同义词进行：它是对另外一部作品或者一个作品类型所进行的“模仿”（take off）。它拿来被戏仿作品中的人物、事件、对话或者其他方面，然后从那里出发去创造一部新的作品。一般来讲，在所借用的元素同新元素之间会有一种不和谐，比如戏仿者会“抓住一位［严肃的］作者或者一派作者的风格中的要点，然后去编造一个用那种风格表达出来的古怪事件”。[58] 用另外一位批评者的话来说，“最为高级的那种戏仿可以被定义为一种诙谐的、在美学上令人满意的散文或韵文形式的作品，

406

* 扬克斯是美国纽约东南一城市，位于纽约城北部。——译者

** 该诗的翻译参考了赵毅衡译，《荒原》，载于《T·S·艾略特诗选》（紫芹选编），四川文艺出版社，1992年，页15－16。——译者

〔56〕 对侵犯版权的“合理使用”辩护所进行的法典化是在 17 U.S.C. § 107。

〔57〕 Campbell v. Acuff－Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994). 请看 Anastasia P. Winslow, "Rapping on a Revolving Door: An Economic Analysis of Parody and *Campbell v. Acuff－Rose Music, Inc.*," 69 *Southern California Law Review* 767 (1996).

〔58〕 G. D. Kremidjian, "The Aesthetics of Parody," 28 *Journal of Aesthetics and Art Criticism* 231, 235 (1969).

通常不带有恶意，在其中，通过严格控制的歪曲，一部文学作品、一位作者或者一个派别或一个作品类型的主题和风格中最为引人注目的特征被以一种方式来表达，而这种方式能够导致对原著产生一种含蓄的价值判断。"[59]

所以，既存在着从在先的作品进行的借用，又注入了或大或小的创造力。但是，所借用的东西常常不是被戏仿作品中受版权保护的元素。在下面的情况里更可能是这样，即，被戏仿的因素不是一部单独作品而是一个作者的全部作品——简单说来，是他的风格——因为风格是不能取得版权的；或者被戏仿的因素是一种文学类型，因为文学类型也是不能取得版权的。所以马科斯·比尔博姆（Max Beerbohm）在《中距离的尘埃》（*The Mote in the Middle Distance*）和《酬劳》（*The Guerdon*）当中对亨利·詹姆斯所进行的精彩戏仿不会落到侵权诉讼的范围内。但是，标题不能取得版权，平常的人物也不能，标准的情节也不能，所以只是从一部受版权保护的作品中借用上面这些特征的戏仿者也不会是一个侵权者。

但是，如果戏仿者确实采用了被戏仿作品中有版权的元素，那么我们就可以论证说他侵权了，而不管他创造性的注入有多么大。把有版权的元素同新鲜的创造性注入结合起来仅仅产生了一部衍生作品，而现代版权法把制作和销售衍生作品的排他权利授予了原作品的版权拥有者。衍生作品是多么地"更好"或者在商业上是多么地更有价值，这并不重要。当有版权的作品的所有权利都集中到同一双手当中时，交易费用达到了最小化。但是合理使用原则有时会允许挪用一部有版权的作品的某些部分，并且我们必须考虑戏仿是不是应该一直或应该有时被认为是合理使用。

407 当同版权拥有者就允许使用版权作品进行交易的费用超过了

[59] J. G. Riewald, "Parody as Criticism," 50 *Neophilologus* 125, 128 – 129 (1966).

交易的收益时，使用可以说成是"合理的"。[60] 这些收益不但包括在其他交易中节约的费用，而且，更为重要地，还包括使知识产权创造者能够把他们创造的社会价值变成私人利益，以此刺激知识产权的生产。一篇详细引用或者细致描述被评论书籍、从而在没有合理使用这个概念的情况下可能构成侵权的书评例证了这种特权的社会功能。大多数书评都会增加被评书籍的销售量，这样，把交易费用强加到评论者身上会损害作者。如果除了负面的书评以外根本就没有书评，那么即使不利的书评也会刺激销售。书评是免费广告，并且是特别可信的广告，因为它不受广告人（出版商）的控制。如果书评人需要作者的许可才能引用，那么书评的可信度就会降低。如果书评受到书籍作者的审查，那么书评就不会比付费广告更为可信。作为一个整体，作者会因为取消书评的合理使用特权而受到损害，即使某一个作者偶尔会得到好处。即使作者不能控制评论是不是有利，他们也想被评论。

在一篇评论确实削减了一部书的销量时，这并不是因为评论填补了对该书的需求——一篇书评很少会成为该书的严格替代品——而是因为它指出了一部具体作品中的缺点，从而提供了关于它的有价值的信息，而没有削减对有价值的知识产权创造活动的回报。通过让人们注意一位作者所创造的知识产权中的价值缺失而对该作者造成的损害并不是法律应该试图纠正或防止的那种伤害。当然，并不是所有含有错误的书都没有价值；实际上，一部有着很大弱点的书仍然可以因为其相对的长处而具有社会价值。但是这样一部书不会被强调其弱点的负面书评所毁灭。思想和观点的市场会生产其他强调其长处的书评。

同书评不同，戏仿并不是意图向读者介绍被戏仿的作品。相反，因为有效的戏仿要求受众对被戏仿的作品有些熟悉、常常是相

[60] Landes 和 Posner，上注〔28〕，页 357－361。

当熟悉，所以，不是已经出名的作品很少会被戏仿。书评作者**必须**“盗用”版权作品才能把该作品介绍给他的读者。戏仿者并不受到这种需要的压力，除了——这是一个很大的例外——他为使自己的作品被当成戏仿而必须进行的盗用以外。

408

合理使用的辩护体现了保护批评的政策，这可能看起来也同样适用于戏仿，因为戏仿可以成为一种嘲弄的有效方法，而嘲弄是一种批评。[61] 但是戏仿是一种受到限制的批评形式，因为其着眼点是特征：“戏仿自然会倾向于成为那些已确立形式的监督者，成为对文学极端的纠正……［它］倾向于把自己限制在‘这样一些作者身上，他们的风格和思维方式更为显著和特别，所以更容易夸张和变形。’这种倾向严重限制了批评性戏仿的范围，因为它看起来忽视了这样一个事实，即，‘显著和特别’的风格和思维习惯的缺失是平庸、而不是才气的表现。”[62] 这说得有些夸张。存在着很多戏仿平庸的例子，其中包括《都柏林人》(*Dubliners*)、《尤利西斯》中的葛提·麦克道威尔插曲[63]以及《他自己的狂欢》；平庸常常是可笑的。而且，对伟大作家的风格进行的戏仿，比如莎士比亚在《哈姆莱特》中对马洛的戏仿[64]或者比尔博姆对詹姆斯和莎士比

〔61〕 Kiremidjian，上注〔58〕，页 234。

〔62〕 Riewald，上注〔59〕，页 132 – 133（脚注已省略）。

〔63〕 其风格“在相当程度上要归功于戏仿了”玛利亚·可米斯（Maria Cummins）的小说《点灯人》(*The Lamplighter*)（1854 年），其女主人公的名字是——葛提。Don Gifford and Robert J. Seidman, Ulysses *Annotated: Notes for James Joyce's* Ulysses, p.384 n.1 (2d ed. 1988).

〔64〕 演员叙述普里阿摩斯被皮洛士（Pyrrhus）杀害时的夸大言辞（第二幕第二场，行 450 – 518）——这是复制了马洛的《迦太基女王戴朵的悲剧》(*The Tragedy of Dido, Queen of Carthage*) 中埃涅阿斯（Aeneas）叙述的同一事件（第二幕第一场，行 518 – 558）。

亚的戏仿，[65]着眼点是被戏仿作家的风格中的可批评的（不管正确与否地）特征——在这些例子中是伊丽莎白时代的夸大其词和詹姆斯的迂回曲折。不论被戏仿的是一个单独的作家或是一个整体的文化，几乎都不存在任何侵犯版权的问题，因为戏仿者不一定要照搬作者的原句才能让人们想起作者的风格。米拉·巴托不用如此拘泥于《荒原》的节拍和《故事》就能够对T·S·艾略特进行有效的戏仿。

同书评不同，戏仿可以部分地满足对受人敬仰的原著的需求，从而通过替代而不是通过批评降低原著的销售量。《艾博特和科斯特洛遇见弗兰肯斯泰因》（*Abbott and Costello Meet Frankenstein*）是对较早的电影《弗兰肯斯泰因》、《德拉库拉》（*Dracula*）以及《狼人》（*The Wolf Man*）所进行的戏仿，它用一部足本电影复制了被戏仿作品中的主要人物和主题，很多观众都更愿意看前者而不是看（或者，更为可能的是，看第二遍或第三遍）所有三部原作。《年轻的弗兰肯斯泰因》可以达到同《弗兰肯斯泰因》一样的效果。就像在这些例子中一样，大多数戏仿都是诙谐的，而很多人都更喜欢一部作品的诙谐版本而不是严肃版本，在“严肃”版本本身纯粹是为了娱乐、而没有伦理的或者智识的意图时就更是这样。有些戏仿是非色情的原著的色情版本。对于喜欢用性来调剂娱乐的那部分人群来讲，这些戏仿可能满足了对原著的需要。[66]

在同合理使用辩护的有效性相关的程度上，替代原著的戏仿与书评处在相反的极端。用经济学的语言说，区别在于是替代还是互　409

[65] 对后者的戏仿是在“‘Savonarola’ Brown”中，载于 Beerbohm, *Seven Men and Two Others* 233, 246 (1950).

[66] 这一点，而不是司法的假正经（就象 Elliott M. Abramson, “How Much Copying under Copyright? Contradictions, Parodoxes, Inconsistencies.” 61 *Temple Law Review* 133, 172 [1988] 当中所推测的），可能解释了为什么合法性受到质疑的色情戏仿大多数都被判定是侵权。

补。当一种货物价格降低导致对另一种货物需求降低时，这两种货物是相互替代物。当一种货物价格降低导致对另外一种货物需求增长时，这两种货物是互补物。书评补充了（即使当它们并不赞美！）书籍，所以书籍作者会从授予合理使用的特权给评论者的做法中受益。[67]但是替代被戏仿作品的戏仿减少了这些作品之作者的收入。

我们还应该考虑批评的特权。但是，一篇戏仿并不总是嘲讽或以其他方式批评被戏仿作品。相反，它可能是用那部作品——把它作为是否出色的标准——来贬损别的东西。《荒原》戏仿了奥古斯丁、但丁、斯宾塞、马韦尔和其他古典作家，这不是要批评他们，而是要批评现代生活的污秽和精神空虚——这些古典作家是标准。在这个例子中，被戏仿的作品是武器而不是靶子。但是，在这种情况下，原著的所有者为什么会不愿意允许戏仿，为什么戏仿者应该得到合理使用辩护的好处呢？或者，就像《艾博特和科斯特洛遇见弗兰肯斯泰因》，戏仿可能压根就不是一部批评作品；其惟一的目的可能就是娱乐。所以，这些戏仿可能更应该被当作滑稽模仿。比尔博姆对詹姆斯和莎士比亚所进行的善意戏仿很可能也应该以这种观点来看待。滑稽模仿可能是、也可能不是原著的替代物；在比尔博姆的情况里则肯定不是。

410

但是我们不能假定，作为武器或作为滑稽模仿的戏仿，仅仅因为它并不批评原作，就应该像普通衍生作品一样"属于"版权的持有者。为这样的戏仿建立一个运行良好的许可体系可能会存在阻碍，尽管我们还无法确定这些阻碍是否能够证明一种宽泛的合理使用特权的正当性。版权持有者可能不愿意以合理的价格许可任何一种戏仿（武器或滑稽模仿），不管这种戏仿的文学价值有多大，甚

---

〔67〕请比较，Gary S. Becker and Kevin M. Murphy, "A Simple Theory of Advertising as a Good or Bad," 108 *Quarterly Journal of Economics* 941（1993）（广告是被广告之产品的互补物）。

至也不管它根本就没有被当作原著的替代物购买的威胁。很多作者脸皮都很薄（尽管亨利·詹姆斯看起来挺喜欢比尔博姆的戏仿），而且很容易生气。其他作者则过度严肃。如果戏仿者想以可能会激怒原著受众的方式使用原作品，即使他并不是批评它，那么版权持有者就可能害怕这种戏仿对自己的收入有负面影响。这在商标的语境中就曾经发生过，当时同性恋团体曾试图使用受欢迎的商标（比如"粉色美洲豹"［Pink Panther］）作为自己的标志。[68] 在这些情况里，援用合理使用的辩护可能会被认为有辱原著作者的人格。随着欧洲版权法的"精神权利"（moral rights）原则向美国法扩展，对一部版权作品的侮辱性使用止变得有法律疑问，尽管有着宪法第一修正案弦外之音的批评者特权很可能会保存下来。

就当前而论，只有一点很清楚，即不应允许戏仿者复制原著太多的有版权的特征，以至于会使戏仿成为原著的替代品。因为那样的话，他就可以复制整部版权作品而不会受到处罚，仅仅因为他给这些作品中的人物安上了有趣的名字或者让他们用滑稽的方言讲话，这样就会引诱原著受众中愚蠢的或庸俗的成员——他们可能占了那部作品潜在受众的相当百分比。这在文学上可能等同于把一个方程式的两边都乘以 -1，或者把用 A 小调写成的音乐作品放进一个不同的音调里面。

可以论证说，应允许戏仿者在使戏仿有效的必要限度内借用原著。如果这样的话，他仅仅借用了原著中少数几个有版权的特征，这个事实就不应该被允许作为针对侵权指控的辩护。确实，他借用得越少，他就越不可能吸走原著的受众。但是，就像在有关盗窃罪的法律中一样，在版权法中，偷得少不应成为特权。应该允许戏仿

〔68〕请看 Rosemary J. Coombe, "Author/izing the Celebrity: Publicity Rights, Postmodern Politics, and Unauthorized Genders," in *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*, 上注〔1〕, 页 101。

者仅仅"盗用"为了能让自己的读者记起原著而必须"盗用"的东西，而这一标准并不依赖于他借用原著的相对或绝对数量。

411 为了反对使戏仿者的合理使用特权受到如此严格的限制，我们可以论证说，因为有效的戏仿要求受众了解原著，所以只有成功的原始作品才会受到戏仿，这意味着版权持有者已经取得了他应得的报偿，因此他不应有权分享戏仿产生的利润，至少当不存在戏仿会从原著那里夺走受众的危险时应该是这样。但是，这种反对意见忽视了第6章强调的一个区别，即事先（预先）的视角和事后（事实发生之后）的视角之间的区别。在事后看来，一部成功的知识产权作品——出百老汇的成功表演、一部畅销小说、一首成功的歌曲——可能给创造者带来了暴利。但是，从事先的视角看来，创造者面临着一个由一系列可能结果组成的分布式，并且，如果切掉该分布式的上端，那么该分布式的中值会降低，创造知识产权的激励因素就会受到削减。

言论自由会不会因为这样一个事实而受到损害，即戏仿的创造者要负担同版权持有者进行交易的费用以及向版权持有者支付版税的费用？顺着作者无权盗窃纸笔来降低讽刺创作的费用这一推理思路，我们就会受到很大压力提出一个有说服力的理由，才能允许作者使用有版权的材料而不支付报酬给版权持有者，并以这种办法来资助社会批评。但是我承认这些情况并不完全相同。知识产权是公共品。一只铅笔却不是。如果你拿走了我的铅笔，我就不能使用它了，而如果你用了我的知识产权我仍然能够使用它，所以这种剥夺更小——但是，如果我不能让你为之付费，就会削减我创造知识产权的激励因素。而且，不要忘了，即使不借用任何有版权的材料，我们仍然可以戏仿一位作者、一个文学类型、甚至是一部具体作品。

简单说，必须允许戏仿者借用足够多的东西以使自己的作品能被看出是戏仿，但是不能借用太多以至于他的戏仿变成了原著的替

代品。法律所面对的挑战是要在由这些极端所限定的一系列可能的合理使用的组合中找到一个点，使戏仿和原始作品之间的混合达到最优化。

当然，这种表述假定了这样一个观点，即一种能够鼓励“原创”作品的文学产权制度是值得追求的。就像我们在前面看到的，这一前提并不是绕不过去的，并且，如果放弃了这一前提，那么我们就没有理由去担心戏仿会从被戏仿作品中借用“太多”东西，甚或也不用担心任何形式的抄袭。但是，即使莎士比亚也有某种形式的或“非形式”的财产权——不但他的戏剧不会在表演之前出版，而且演员只会得到角色和舞台提示，而不是完整的文本，这很可能是为了让盗版者很难得到一份完整的剧本。因为版权是基于文化上具有“本地性的”、并可以质疑的有关作者身份和创造力的概念，并且废除版权可能会给文学带来一个新的“黄金时代”，显然，出于这一原因就建议废除文学作品版权是不负责任的做法。我们能够有信心地说的仅仅是，扩大对文学作品的版权保护，不管是通过制定法[69]或是通过司法解释（例如对合理使用辩护的司法解释，这是一个法官制定的原则，《版权法案》仅仅对其进行了法典化而没有给出定义），这个建议都不能用文学史或文学理论给出令人信服的论证。操作层面的法律至少可以从文学研究中学到这么多东西。

412

[69] 现在正等待国会表决的1995年《版权期限扩展法案》，S. 483，H.R. 989，如果被通过的话，会把大多数情况下的版权保护期限从作者寿命加50年扩展到作者寿命加70年。

▼
▼
▼
索　引

A

E

F

G

H

I

J

K

M

O

P

R

T

U

Y

Z

▼
▼
▼

译后记

其实，回想起来，很多事情都是由一系列的巧合和偶然组成的。我本科时读的是法律系，但却一直偏爱英语。大学一年级时，我“很正式地”同英语系教务申请转到英语系读书，收到了英语系正式的书面答复，然后我又很正式地向当时作我们班主任的张守文老师征求意见。按照张老师的意见，我留在了法律系，但是一直都把英语作为一种给我带来莫大乐趣的爱好保留下来。随着英文能力的不断增长，我逐渐开始阅读英文的学术著作。大学二年级时，刚刚生吞活剥了波斯纳的《法理学问题》，我就“顺嘴”硬啃下了他的《法律与文学：一场误会》（哈佛大学出版社，1988 年）。毕业后我本想要重读这部书，但北大图书馆的惟一藏本却丢失了。读了研究生，却发现北大图书馆有了《法律与文学》的增订版，也就是大家现在读到的这个版本。从 2000 年冬季到 2001 年春季，断断续续读了几遍。2001 年初夏，当苏力老师问我是否愿意翻译这部书的时候，我自然很高兴地答应了。法律专业、英文爱好、多年前阅读本书的第一版，这许多因素都在这里汇聚到了一起。

翻译中的辛苦自不必说。很多翻译工作是在早晨 5 点多就开始敲键盘，有时会一直敲到午夜。有时，一整天的键盘敲下来，会感觉 10 个手指都是麻木的，再多敲一下键盘手指都会有针刺的感觉。在翻译的内容上，法律方面没有什么大的障碍，但是文学方面的内容就需要常常查阅参考书，有时甚至整天泡在图书馆里，为了确认一个单词在文学文本中的准确含义和通用译法，常常要查找好几部

书。翻译技术上的取舍也时常令我苦恼；把英文的长句切割成短句固然有助于顺利的阅读，但这种做法却难免会伤及原著的逻辑结构。鉴于这部作品是一位法官写的法理学著作，所以，尽量保存原书严谨的逻辑解构，这似乎可以成为我翻译过程的一个合法目标。尽管这有为我译文中的长句子找借口之嫌，但是，论述性法律文本的翻译与虚构文学作品的翻译之间毕竟应该有所区别，因为这两种翻译文本的用途、目标和受众都是不同的，而波斯纳在本书中有关翻译的论述似乎可以作为我上面论证的一个语境。当自己长时间陷在波斯纳的英文原著和自己翻译出的语言中时，我有时甚至怀疑自己翻译出的文字是否能够被读懂。要审视和评价自己翻译出的东西，有时需要时间上的距离和视角，而翻译的工作却必须有一个终点。

痛苦归痛苦，但是，至少现在回想起来，整个翻译过程却是一种智识上的愉悦，是随着波斯纳缜密、犀利的思路进行的一次次法律与文学之间的旅行。这一路的旅行，不但有高速行驶、呼啸而过的高速公路，给人以酣畅淋漓的感觉；也有蜿蜒曲折、别有一番景致的林荫小路，让人尽情体会其中的精细和微妙。记得一次在深夜里翻译到波斯纳写的辛辣讽刺，几乎忍俊不禁，对着电脑屏幕会心地微笑。更多的时候，当翻译完一个章节之后马上回头去重读的时候，扑面而来的是一种一气呵成的流畅感，就好像经过了艰苦的跋涉，回过头去，看到了自己清晰的脚印，看到了自己走过的路程。确实，一部书翻译过程的最大受益者莫过于译者。作为一名法理学专业的学生，能够有机会逐字逐句地推敲这样一部作品，不仅是对自己专业知识的检验，更是一种能力的提升。

这本书的翻译使我必须向很多人致以谢意。首先要感谢我的父母，他们给了我生命，把我抚育成人。想起他们，我总是语塞，只能在心底里默默回想他们那永远定格的音容笑貌。感谢苏力老师，感谢他传道、授业、解惑，也感谢他在本书翻译过程中给予的细致

帮助。因为有了苏力，我们这些法学院学生有福了。感谢我的岳父，他一直以自己的行动支持着我；感谢我的岳母，感谢她料理家务，感谢她的辛勤劳动和细心照料。感谢我快满五个月的儿子小树，他给我带来了无尽的欢乐和喜悦。他未出生就熟悉了键盘敲击的声响；他出生后，我敲击键盘的声音曾经打扰了他恬美的梦乡。看到他用一双小手捧着书籍咿咿呀呀的样子，我的心中便升腾起无限的温暖。希望小树健康成长。最应该感谢的，是我的妻子。没有她的支持、鼓励和督促，这部书的翻译是无法完成的。

在译本即将付梓之际，面对亲人，面对师友，面对读者，我感到诚惶诚恐：由于译者水平有限，误解、误译之处在所难免，恳请不吝指正。

李国庆

2002 年 5 月 9 日凌晨二时初稿

下午六时修改定稿